

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA PROTECTION
AGCORDÉE PAR LA JURISPRUDENCE
A LA DOT MOBILIÈRE
DE LA FEMME DOTALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 27 JUIN 1903, A 3 H. 1/2

devant la Faculté de Droit de l'Université de Caen

PAR

LUCIEN BUQUET

PRINCIPAL CLERC DE NOTAIRE

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DE NOTARIAT DE ROUEN

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1903

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT.

Année scolaire 1902-1903

Doyen :

M. EDMOND VILLEY (✱, I, ✱), Correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

Professeurs :

MM. DANJON (I, ✱), Assesseur du Doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

EDMOND VILLEY (✱, I, ✱), Professeur d'*Economie politique*, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé* et de *Législation financière*.

LAISNÉ DES HAYES (✱, A, ✱), Professeur de *Droit civil*.

GUILLOUARD (✱, I, ✱, C, ✱), G. O. ✱, C. I. C. ✱, O. ✱, L. ✱, Professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I, ✱) (ancien député du Calvados, ancien Ministre de la Justice), Professeur de *Droit civil*.

CABOUAT (I, ✱), Professeur de *Droit international public et privé*, et chargé du cours de *Législation industrielle*.

BIVILLE (A, ✱), Professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY (A, ✱), Professeur de *Droit romain* et chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR, Professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Éléments de Droit constitutionnel*.

ASTOUL, professeur de *Droit romain* et chargé du cours de *Pandectes*.

Agrégés :

MM. DEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel* et du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GÉNESTAL DU CHAUMEIL, chargé des cours d'*Histoire générale du Droit français*, d'*Histoire du Droit public français* et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

ALLIX, chargé des cours d'*Economie politique* (doctorat) et d'*Histoire des doctrines économiques*.

Secrétaire :

M. GILLET (I, ✱), Secrétaire de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA PROTECTION
ACCORDÉE PAR LA JURISPRUDENCE
A LA DOT MOBILIÈRE
DE LA FEMME DOTALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 27 JUIN 1903, A 3 H. 1/2

devant la Faculté de Droit de l'Université de Caen

PAR

LUCIEN BUQUET

PRINCIPAL CLERC DE NOTAIRE
DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DE NOTARIAT DE ROUEN

Président : M. DEBRAY.

Suffragants { MM. LAISNÉ DES HAYES, *professeur.*
DEGOIS, *agréé.*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1903

Digitized by the Internet Archive
in 2026

NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, 1869-1879, 4^e édit., 8 vol.

Auzouy. — De la transformation de la dot sous le régime dotal. Thèse, Paris.

Bartin. — Etudes sur le régime dotal. Travaux et mémoires des facultés de Lille, t. II, *Mémoire*, n^o 7.

Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. — Du contrat de mariage, t. III.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Du nantissement des privilèges et hypothèques, t. II.

Basnage. — Coutumes de Normandie.

Bellet des Minières. — Régime dotal et communauté d'acquêts, t. II.

Benech. — De l'emploi et du remploi de la dot.

Bertauld. — Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon, t. I.

Boniface. — Arrêts du Parlement de Provence, t. I, l. VII.

Buchère. — Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics, 2^e édit.

Capitant. — Introduction à l'étude du droit civil.

Catelan. — Arrêts de Toulouse.

Chabrol. — Coutumes d'Auvergne.

Colmet de Santerre. — Eléments de droit civil, t. VI.

Dalloz. — Recueil périodique de jurisprudence et de législation. — Répertoire. — Supplément au répertoire.

Daniel de Folleville. — Des clauses de remploi et de la société d'acquêts sous le régime dotal, t. IV.

De Bezieux. — Arrêts du Parlement de Provence.

Demangeat. — De la condition du fonds dotal.

Demante et Colmet de Santerre. — Cours analytique de droit civil.

Defrénois. — Répertoire général pratique du Notariat.

Dépinay. — Le régime dotal.

Despeisses. — Dot.

- Domat.** — Lois civiles ; dot.
- Du Pérrier.** — Questions notables, l. I et Maximes de droit, l. V.
- Duranton.** — Droit civil, t. XV.
- Escavy.** — De quelques extensions récentes apportées par la jurisprudence à l'inaliénabilité de la dot mobilière. Thèse.
- Espinasse (d').** — De la dot.
- Eyquem (Albert).** — Le régime dotal (1903).
- Fenet.** — Recueil des travaux préparatoires, t. XIII.
- Fuzier-Herman.** — Recueil général alphabétique de droit français. *Gazette du Palais.* — Répertoire encyclopédique du droit français. *Gazette des Tribunaux.* — Journal de la jurisprudence et des débats judiciaires.
- Gide.** — Condition de la femme.
- Guillouard.** — Du contrat de mariage, t. IV. — Des privilèges et hypothèques, t. II.
- Isambert.** — Recueil général des anciennes lois françaises.
- Janety.** — *Journal du Palais de Provence.*
- Josseau.** — Travaux préparatoires. — Traité du Crédit foncier, t. II.
- Jouitou.** — Régime dotal.
Journal du Notariat.
- Julien.** — Éléments de jurisprudence, l. I.
La France judiciaire.
- Laurent.** — Principes de droit civil, t. XXIII, 1869-1878, 3^e édit., 33 vol.
- Loi (la).*
- Loyseau.** — Déguerpissement, l. III.
- Lyon-Caen et Renault.** — *Traité du droit commercial*, t. IV.
- Magnol.** — Etude sur les effets de la séparation de biens sous le régime dotal.
- Marcadé.** — Explication du Code civil, t. VI.
- Merlin.** — Répertoire.
- Pandectes françaises.* — Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence.
- Paul Rousset.** — De l'inclusion de la dot. Thèse. Dijon, 1901.
- Planiol.** — Manuel de droit civil, t. III.
- Pont.** — Contrat de mariage, t. I. — Privilèges et hypothèques, t. II.
- Recueil des arrêts de Caen et de Rouen.*
- Regnault (Pierre).** — Etude critique de la jurisprudence relative à la représentation des valeurs dotales par des paraphèrnaux. Thèse.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

Revue internationale enseignante.

Robert. — De l'emploi et du remploi sous le régime dotal principalement considérés au point de vue de la responsabilité des tiers. Thèse.

Rodière et Pont. — Contrat de mariage, t. III.

Rossi. — Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie.

Roussilhe. — De la dot, t. I.

Salviat. — *Journal du Parlement de Bordeaux.*

Sirey. — *Recueil général des lois et arrêts.*

Stora. — De la subrogation réelle. Thèse, Paris, 1900.

Tessier. — Questions sur la dot, t. II.

Troplong. — Droit civil expliqué, 27 vol.

DE LA PROTECTION

ACCORDÉE PAR LA JURISPRUDENCE

A LA DOT MOBILIÈRE

DE LA FEMME DOTALE

INTRODUCTION

Pour des causes que les discussions d'Ecole, poussées cependant bien loin, ne sont pas encore parvenues à élucider, le régime dotal a été traité sommairement dans la loi, et il a fallu que la jurisprudence vint combler les lacunes des textes et en interpréter les points obscurs.

Une question dont l'importance ne pouvait échapper à personne devait se poser aussitôt après la promulgation du Code civil, à l'aurore du siècle où le commerce et l'industrie, prenant un essor considérable, faisaient surgir de nouveaux problèmes économiques et sociaux en plaçant, à côté de la richesse immobilière qui avait été la force et la principale ressource de l'ancien régime, la richesse mobilière qui devait devenir son égale et même la supplanter.

Cette question était précisément de savoir, en présence de ce nouvel état de choses, si on devait donner à cette

fortune mobilière naissante les mêmes garanties de stabilité que le Code civil reconnaissait à la fortune immobilière de la femme dotale.

Les législateurs de 1804 ne paraissaient nullement avoir songé à ce grave problème et la solution en fut demandée au pouvoir interprétatif de la loi.

C'est ainsi que les tribunaux furent nécessairement amenés par un besoin urgent et pour des raisons d'équité à proclamer le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Ce principe une fois reconnu et bien établi, la jurisprudence « dotaliste » (1) chercha à en tirer toutes les conséquences logiques.

Respecter, dans les transformations successives que la dot mobilière était appelée à subir au cours du mariage, le principe de l'inaliénabilité tel qu'elle l'avait fait admettre, et arriver ainsi à créer la *théorie de la dotalité renfermée* ; doubler les garanties de la femme dotale en accordant à son hypothèque légale le privilège du rang et en se montrant plus sévère à l'égard des tiers qui traitent avec elle relativement à ses valeurs mobilières dotales, tel est le but de la jurisprudence, telle est l'œuvre qu'elle poursuit sans relâche.

C'est cette évolution, ce travail de production et d'enfantement que nous nous proposons d'étudier.

Disons de suite qu'au point de vue juridique, la jurisprudence, guidée par un esprit de protection à outrance, a sur beaucoup de points dépassé la pensée du législateur et qu'elle est arrivée à construire un édifice nouveau dont les matériaux n'ont pas été entièrement fournis par

(1) Lyon-Caen, Rapport du 29 juin 1901 à l'Académie des sciences morales et politiques.

la loi (1). Nous n'ignorons pas les considérations qui l'ont entraînée dans cette voie : la protection de la femme dotale, la conservation de la dot à la famille, c'est là le but auquel tendent nos magistrats et les raisons qui justifient et légalisent à leurs yeux les moyens qu'ils emploient.

Cette idée dominante, il est facile d'en retrouver la trace. Dans un arrêt de la Cour de Bordeaux du 14 mai 1857 (2), nous lisons notamment ce considérant qui ne laisse aucun doute à cet égard : « Il appartient aux tribunaux de prendre quand il est temps encore toutes les mesures nécessaires pour conserver entière la dot à la famille. »

Et au nom de cette règle directrice, on ne craint pas de s'écarter manifestement du principe de la séparation des pouvoirs qu'un jugement du tribunal civil de la Seine relatait en ces termes le 9 juillet 1872 (3) : « Le pouvoir du juge est uniquement un pouvoir d'interprétation de la loi en vigueur, et il cesse là où commence la mission du législateur, auquel seul appartient la puissance de la modifier, si elle n'est plus en harmonie avec les habitudes et les mœurs nouvelles de la société. »

Protéger la dot de la femme, conserver intacte à la famille une fraction du patrimoine, c'est là le cri de ralliement auquel on sacrifie la légalité des principes.

Et ce besoin de protection dont se réclame la jurisprudence pour légiférer, au mépris des principes les plus absolus, se fait sentir plus pressant que jamais. « Il est

(1) Lambert, *Rev. internat. enseign.*, 1900, t. II, p. 228.

(2) S. 57.2.547.

(3) S. 72.2.208.

indéniable, fait remarquer M. Lambert (1), que la pratique moderne est très favorable aux diverses mesures par lesquelles un des époux, profitant de la prospérité actuelle de ses affaires, distrait de son actif un fonds de réserve au profit de sa descendance, lui constitue ainsi une assurance contre les revers commerciaux et les surprises de la spéculation. »

C'est ainsi que la jurisprudence reconnaît au profit des bénéficiaires de l'assurance-vie un droit exclusif de ceux des créanciers de l'assuré (2).

De même, nous assistons à une reconnaissance de la substitution fidéi-commissaire sous le couvert d'un legs conditionnel. La Cour suprême a validé, par exemple, le testament qui instituait pour légataires plusieurs mineurs avec cette clause que la part de ceux qui mourraient avant leur majorité sans avoir contracté mariage accroîtrait aux survivants, elle ne voyait pas là une substitution prohibée, mais bien deux legs conditionnels, l'un d'usufruit, l'autre de propriété (3).

Enfin diverses propositions de loi, et notamment celle déposée par M. l'abbé Lemire le 10 juin 1902 (4) sur le bureau de la Chambre des députés, pour arriver à l'organisation d'un bien spécial étroitement lié dans ses destinées à la famille, attestent la tendance générale des es-

(1) Lambert, en note dans *Pand. fr.*, 96.1.321, col. 1.

(2) Cass. req., 22 juin 1891, *Pand.*, 92.1.449 et la note de M. Lefort.

(3) Cass. civ., 18 juin 1873, S. 74.1.5 et la note de M. Labbé.

(4) Cette proposition proposée par M. l'abbé Lemire au nom de 62 de ses collègues reprenait :

1° Celle de M. Lemire lui-même, du 23 juin 1898 ; 2° celle de M. Léon Morillot, du 8 juillet 1898 ; et 3° celle de M. Léon Vacher, du 21 novembre 1898.

prits à l'idée de conservation du « bien de famille ».

Le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière n'est donc pas en raison inverse du mouvement des mœurs. L'inaliénabilité a pu avoir un but d'ordre politique en droit romain au temps où le régime dotal était le seul régime matrimonial et à l'époque où Auguste, en établissant cette règle, cherchait à garantir la restitution de la dot pour faciliter un nouveau mariage aux nombreuses femmes dont les liens étaient dissous par le divorce. Les dispositions assurant la conservation de la dot étaient alors d'ordre public, ainsi que le prouve cet ancien adage : *Reipublicæ interest dotes mulieres salvas habere esse*. Plus tard, avec Justinien, elle est devenue une règle protectrice pour la faiblesse de la femme.

Mais si, aujourd'hui, on peut dire que la femme est frappée d'une incapacité, c'est une incapacité restreinte à certains biens, une incapacité « réelle » (1) dans l'intérêt de la famille : « Il faut avouer, dit M. Labbé (2), qu'une incapacité qui peut être restreinte à une partie de la fortune de l'incapable, qui n'existe que relativement à certains biens, offre à l'esprit quelque chose de bizarre. Mais remarquez que le législateur ne croit pas à la réalité constante et absolue de cette infirmité, ou, comme disaient nos anciens auteurs, de cette imbécillité de caractère de la femme soumise à un époux, autrement il en aurait fait sortir une règle générale et de droit commun ; il aurait protégé la femme contre son mari comme il protège tous les vrais incapables par des dispositions impératives. Dans notre matière et condescendant aux inquiétudes

(1) Lyon-Caen, en note dans S. 76.2.65.

(2) Labbé, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1856, t. II, p. 7.

des familles, il abandonne à leur volonté le soin d'entourer la femme de garanties exceptionnelles, mais il leur laisse la liberté d'étendre ou de limiter ces dérogations au droit commun tolérées à regret à une fraction quelconque du patrimoine de l'épouse. »

Cette fraction constitue un patrimoine distinct. « Il a pour objet de maintenir la famille à son rang et dans son milieu et d'éviter dans une société agitée le déclassement trop facile et d'autant plus dangereux de ses membres. Parfois encore, il peut offrir au chef de famille le moyen de jouer une dernière partie dans l'intérêt commun, ou encore de sauver par un dernier sacrifice l'honneur du nom » (1).

Ces considérations, envisagées par les époux, ne sont pas non plus étrangères aux parents qui, instruits par les précédents veulent, en établissant leur fille, lui garantir, le cas échéant, un certain avoir et subordonnent la constitution de dot à l'adoption du régime dotal. « Il est plus facile d'inventer un contrat de mariage prohibitif que de vérifier chez un gendre les qualités nécessaires et de développer chez une fille une certaine énergie de volonté. Ce qui est devenu de race ne change pas en une génération, et il faut pourvoir au présent » (2).

C'est pour répondre à ces légitimes préoccupations que la jurisprudence a érigé le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière et qu'elle a cherché à en augmenter l'étendue d'application.

Notre étude comportera deux parties principales :

La première sera un bref exposé de la théorie jurispru-

(1) *Bartin, Etudes sur le régime dotal. Travaux et mémoires des Facultés de Lille*, t. II, mémoire n° 7.

(2) *Labbé*, en note dans *S.* 87.1.405, col. 2.

dentielle sur l'inaliénabilité de la dot mobilière comprenant le principe avec l'examen des arguments qu'on a fait valoir pour le justifier et les applications qui en découlent.

La deuxième sera une étude des différentes mesures de protection que la jurisprudence a été amenée à prendre pour compléter son système, savoir :

1° Au point de vue des modifications que peut subir la dot mobilière pendant le mariage, c'est l'objet de la théorie de la dotalité renfermée dont l'examen composera la plus forte partie de cet ouvrage ;

2° Au point de vue du rang à conférer à l'hypothèque légale de la femme dotale relativement à sa dot mobilière ;

Et 3° au point de vue de la responsabilité qui pèse sur les tiers au cas où des valeurs mobilières dotales soumises à emploi ou à remploi ont été aliénées sans que cette obligation ait été exécutée.

Enfin, dans notre conclusion, nous examinerons si la jurisprudence a bien atteint le but qu'elle poursuit, si elle a toute l'efficacité désirable.

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ DE LA THÉORIE JURISPRUDENTIELLE SUR L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE CHEZ LA FEMME DOTALE

CHAPITRE PREMIER

DU PRINCIPE.

SECTION I. — De l'historique de la question et de son développement.

Le législateur de 1804 en négligeant, volontairement ou non, de s'expliquer d'une façon précise sur la condition de la dot mobilière de la femme sous le régime dotal a fait naître, en doctrine et en jurisprudence, un débat des plus passionnés : l'issue en est maintenant connue et la question de l'inaliénabilité de la dot mobilière paraît définitivement tranchée.

C'est ce qui permet à M. Lambert de dire : « Si quelques auteurs au nom des principes continuent à s'insurger contre cette jurisprudence bien établie, tout au moins ne se dissimulent-ils pas que leurs protestations sont destinées à demeurer vaines. Il n'y a plus place en cette

matière qu'à des discussions académiques, qu'à de stériles controverses d'école. L'inaliénabilité de la dot mobilière est un fait définitivement acquis. » (1).

Nous nous inclinons donc devant ce fait acquis, devant l'*autorité de la chose jugée*, et nous admettons avec la jurisprudence que la dot mobilière comme la dot immobilière est inaliénable, mais avec ce caractère spécial que cette inaliénabilité ne s'applique qu'à l'égard de la femme et qu'elle s'efface devant le mari qui puise dans son droit d'administration le pouvoir absolu d'aliéner la dot mobilière, qu'elle consiste en meubles corporels ou incorporels (2) ; de telle sorte que pendant le mariage, avant toute séparation de biens, ce qui est inaliénable, c'est le droit de créance de la femme contre son mari et l'accessoire de ce droit, l'hypothèque légale ; après la séparation de biens et la restitution de la dot, c'est cette dot elle-même (3).

Toutefois, si solidement établie que soit cette théorie, nous ne pouvons en exposer utilement les applications et les conséquences, parler et juger de l'extension qui y a été apportée sans examiner aussi brièvement que pos-

(1) Lambert, en note sous *Pand. fr.*, 96.1.321.

(2) Agen, 30 novembre 1843, S. 44.2.258 ; Lyon, 2 août 1845, D. 46.2.149 ; Cass., 29 août 1848, D. 48.1.214 ; Bordeaux, 26 mai 1849, D. 52.2.57 ; Paris, 18 décembre 1849, D. 52.2.60 ; Bordeaux, 18 février 1850, D. 50.2.141 ; Cass., 1^{er} août 1866, D. 66.1.446 ; Lyon, 1^{er} août 1879, *Mon. jud. Lyon*, 29 novembre 1879 ; Nîmes, 11 janvier 1882, D. 82.2.60.

(3) Lyon, 11 décembre 1851, D. 54.5.262 ; Caen, 7 février 1853 ; *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1853.1.129 ; Cass., 12 mars, 16 et 21 août 1866, 22 mars 1875 et 3 février 1879, D. 66.1.178, S. 66.1.363, P. 66.1.171, D. 76.1.503 et 79.1.246 ; Rennes, 4 mars 1880, D. 81.2.210 ; Cass., 27 avril 1880 et 6 décembre 1882, D. 80.1.431 et 83.1.219 ; Trib. Seine, 10 juillet 1890, *La Loi*, 11 juillet 1890.

sible si c'est là une œuvre éditée de toutes pièces par la jurisprudence, une œuvre, peut-on dire purement *prétorienne*, ou si, au contraire, elle a ses racines profondément ancrées dans notre législation, et si, par suite elle n'est pas dangereuse pour les particuliers qu'elle expose à des revirements semblables à celui qui s'est produit dans la question des reprises de la femme commune en 1851.

Dès maintenant et avant même l'examen des arguments dont on se sert pour justifier la théorie de la jurisprudence, nous pouvons dire que ce régime n'a pas été entièrement créé par les tribunaux; imparfaitement organisé par le Code, la jurisprudence a voulu en combler les lacunes pour qu'il pût répondre au but que se proposent les époux qui en font la base de leur union conjugale.

Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil, dont l'opinion par conséquent est utile à connaître, ne réclamait-il pas cette aide de la jurisprudence, ne la proclamait-il pas indispensable, lorsqu'il disait : « C'est à l'expérience à combler les vides que nous faisons, les Codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas » (1).

Partant de cette idée, la jurisprudence usant des quelques matériaux que le législateur avait mis à sa disposition — c'est ce qu'elle a cru du moins — a construit un vaste édifice à l'achèvement duquel elle travaille encore.

Mais l'édification de ce monument ne s'est pas faite sur l'accord unanime de la doctrine et de la jurisprudence.

Il s'est élevé contre le plan proposé dès 1819 par la Cour de cassation de violentes protestations de la part

(1) Fenet, *Rev. des travaux préparatoires*, t. XIII, p. 476.

d'un grand nombre d'auteurs, parmi lesquels quelques-uns se font encore entendre (1).

Au sein des tribunaux eux-mêmes des divergences se sont produites et pendant longtemps quelques Cours d'appel rejetèrent la théorie de la Cour suprême : en 1840, la Cour de Lyon se prononçait encore pour l'aliénabilité (2).

Cette résistance si longue, si persistante n'est pas due tant au respect du principe qu'à une confusion qui a été faite dans les droits du mari. En s'insurgeant contre l'inaliénabilité, les Cours d'appel veulent donner au mari le droit de disposer des meubles, de la dot constituée en argent ; si la dot mobilière est inaliénable, le mari qui n'est pas propriétaire ne pourra aliéner. Mais on est parvenu à tourner cette difficulté, ainsi que nous allons le voir.

La Cour de cassation, dans son arrêt de 1819 (3) rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Limoges, autorise le mari à aliéner parce qu'il est *propriétaire* et ne le permet pas à la femme durant le mariage, parce que vis-à-vis d'elle, la dot est *res aliena*.

Cette doctrine présentait un point faible : aussi beaucoup de Cours d'appel ne voulurent-elles pas s'y ranger. La Cour de Caen le 21 juillet 1821, S. 21.2.243 et le 24 août 1822, S. 26.1.256, pose en principe que la dot mobilière est aliénable et s'applique à réfuter la théorie de

1 Laurent, XXIII, 541 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, IV, 2058 ; Duranton, XV, 542 ; Aubry et Rau, t. V, § 537 bis et notes 5, 6, 7, p. 598 ; Colmet de Santerre, VI, n^{os} 233 bis I, et suiv. ; Jouitou, n^{os} 371 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, *Du contrat de mariage*, III, 55.

2 Lyon, 16 juillet 1840, S. 41.2.244.

3 S. 1819.1.16.

la Cour de cassation en proclamant que la femme demeure propriétaire de ses biens dotaux et qu'elle les apporte au mari pour l'aider à supporter les charges du ménage.

Mais la Cour de cassation dans un arrêt du 12 août 1846 (1) subissant très probablement l'influence des Cours dissidentes, ne parle plus, pour défendre sa théorie de l'inaliénabilité telle qu'elle la conçoit, du mari *propriétaire*, mais du mari *administrateur de la dot*, et partant de ce point de vue, elle dit que le mari a usé de son droit de disposition tiré de l'article 1549 du Code civil, droit qui n'appartient plus à la femme ; la propriété qu'avait celle-ci s'est, en effet, transformée, elle est « convertie par la loi en une créance contre le mari, lequel est personnellement et hypothécairement obligé à la restitution, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage ».

Cet argument était moins vulnérable et bientôt les Cours adhèrent à cette nouvelle thèse de la Cour suprême.

Ce changement de base offre d'ailleurs un grand intérêt au point de vue pratique.

Il était, en effet, fort difficile dès lors que le mari aliénait comme *propriétaire* de soustraire les meubles dotaux, sa propriété, au droit de saisie de ses créanciers, tandis que ce droit leur échappe si le mari aliène comme *administrateur*.

Comme les Cours de Caen et de Bordeaux (2), celle de

(1) S. 46.1.602, D. 46.1.296.

(2) Caen, 13 juillet 1848, S. 50.2.97, D. 49.2.52 ; Bordeaux, 26 mai 1849, S. 50.2.97, D. 52.2.57.

Paris, le 18 décembre 1849 (1), ne reconnaît plus au mari la propriété de la dot mobilière, mais décide qu'il a sur elle un pouvoir très étendu d'administration : « Considérant que, sous le régime dotal, le mari a la disposition de la dot mobilière, d'après l'article 1549 ; que si la jurisprudence a étendu jusqu'aux meubles le principe de l'inaliénabilité écrit dans l'article 1554, ce n'est qu'à l'égard de la femme seule ; lequel principe ne saurait faire préjudice aux droits que le mari a sur les biens meubles constitués en dot pendant le mariage. »

C'est en vertu d'un mandat légal que le mari peut aliéner la dot mobilière, et quant à la femme, elle ne peut accomplir aucun acte qui compromette ses garanties ou les diminue.

Telle est la théorie jurisprudentielle enfin reconnue et admise vers la moitié du xix^e siècle, et dont une décision de la Cour de cassation du 6 décembre 1859, S. 60.1.644, D. 59.1.501 précise les motifs : « Attendu que les droits du mari sur la dot excèdent les limites dans lesquelles se circonscrit la sphère d'action d'un administrateur ordinaire ou d'un usufruitier ; que quant à la dot mobilière, le mari n'est soumis à aucune limitation analogue [à celle de la dot immobilière] ; qu'il eût été contraire au but même du régime dotal d'assimiler complètement sous ce rapport la dot mobilière et la dot immobilière ; que la dot immobilière se prête aisément et sans dangers à des conditions d'immuable stabilité pendant la durée de l'association conjugale ; qu'il en est autrement de la dot mobilière, qui, soumise par sa nature même à des chances diverses d'aliénation ou de perte, devrait, dans les vues

(1) Paris, 18 décembre 1849, S. 50.2.97, D. 52.2.60.

du législateur, comporter tous actes de disposition qui permettraient au mari d'en faire l'emploi le plus utile à l'intérêt de la famille ; que, dans le silence de la loi il n'y a, à cet égard, aucune raison de distinguer entre les choses fongibles et les choses qui ne se consomment pas par l'usage et les droits incorporels productifs de revenus à des époques périodiques ; qu'il peut y avoir intérêt à transiger sur un droit mobilier en présence ou en prévision d'un litige, soit à faire cession d'une créance non exigible... »

Il n'y a de limites à cette théorie que lorsqu'un concert frauduleux a été préparé entre le mari et les tiers contractants (1).

« Attendu, dit le même arrêt, que sauf le cas de concert frauduleux entre le mari et les tiers, faire cession d'une créance non exigible ou convertir une rente viagère en un capital destiné à assurer l'avenir de la famille sont des actes qui rentrent dans la limite des pouvoirs du mari sur la dot mobilière ; que si, à côté des avantages d'une administration sage, se présentent les dangers d'une gestion imprudente, c'est aux conventions matrimoniales d'y obvier ; que, à défaut de stipulations spéciales, il y est pourvu dans la mesure que la loi a jugé suffisante par la responsabilité du mari avec la garantie de l'hypothèque légale sur tous ses immeubles ; que c'est ce recours hypothécaire de la femme qui ne peut être aliéné par elle ; qu'ainsi, pour la femme, la règle de l'inaliénabilité quant à la dot mobilière, se traduit dans l'impuissance légale de renoncer, même avec l'autorisation de son mari, aux créances résultant pour elle de la responsabi-

(1) Cass., 26 mars 1835 et 6 décembre 1839, D. 55.4.326 et 59.4.501.

lité encourue par celui-ci dans l'exercice du pouvoir d'administration qui lui appartient. »

SECTION II. — Arguments qui ont servi à la justification de cette théorie.

Il est utile pour les raisons que nous indiquions plus haut de passer en revue les différents arguments qui ont servi d'appui à la théorie jurisprudentielle.

Ces arguments sont de trois ordres : historique, économique et juridique.

§ 1^{er}. — Argument d'ordre historique.

Divers Parlements du Midi, notamment ceux de Bordeaux, de Toulouse et d'Aix s'étaient prononcés pour l'inaliénabilité de la dot mobilière (1). Dans le Parlement de Paris, après des hésitations provoquées par des résistances à cette théorie, une déclaration de Louis XIV intervint en avril 1664 pour en faire cesser l'usage dans le Lyonnais et le Beaujolais, le Forez et le Maconnais, mais cette déclaration ne fut pas accueillie sans protestations. De plus, elle ne s'appliqua pas dans la partie de l'Auvergne régie par le droit écrit ressortissant du Parlement de Paris.

Or, le Code civil a voulu conserver le régime dotal tel qu'il existait dans les pays de droit écrit : c'est l'avis nettement exprimé de Portalis.

En effet, dans la séance du 27 octobre 1803 où fut discuté l'article 1558 du Code civil, Cambacérès se plaignait que « les causes qui rendront la dot aliénable sont énon-

(1) Lescœur, « Des origines de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière », *Rev. crit.*, 1873, p. 383 et suiv.

cées d'une façon trop vague et trop générale » et il demandait des éclaircissements ; Portalis lui répondit que « la section de législation s'en était référée à la jurisprudence antérieure sur l'explication de cet article » (1).

De cette réponse de Portalis, ne s'appliquant qu'au texte de l'article 1558, est-il permis de conclure que dans la pensée des rédacteurs du Code civil l'adoption des décisions des Parlements que nous avons cités s'imposait relativement à l'inaliénabilité de la dot mobilière, qu'ils entendaient continuer la tradition et laisser passer au travers du Code le courant de l'ancienne jurisprudence ?

Quoique rien ne soit plus délicat, plus dangereux même que de se placer uniquement au point de vue de la recherche d'une volonté absente, quoiqu' « il faille, comme le dit M. Gény (2), bannir de la sphère légitime de l'interprétation de la loi écrite, toute recherche d'intention, visant à connaître non pas ce que le législateur a effectivement voulu et arrêté, mais ce qu'il *aurait* décidé si sa pensée s'était portée sur tel objet », nous sommes portés et fondés à penser qu'on peut, comme le croit M. Lesœur (3), « d'après l'ensemble des documents, d'après l'esprit qui s'en dégage, conjecturer quelle solution *auraient* adoptée les rédacteurs du Code civil, s'ils avaient donné à la matière du régime dotal des développements tels qu'ils eussent été nécessairement amenés à se poser et à traiter notre question ».

C'est là, à notre avis, le seul argument de quelque valeur, comme nous le verrons d'après l'examen et la critique des autres arguments, et c'est lui que la Cour

(1) Fenet, *op. cit.*, p. 596,

(2) Gény, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1899, p. 261

(3) Lesœur, *loc. cit.*, p. 405.

suprême a invoqué dans son arrêt du 1^{er} février 1819 où a été posée la première pierre de la théorie jurisprudentielle. La Cour s'exprime en ces termes : « Dans les pays de droit écrit, c'était un principe constant que la femme ne pouvait, quoique avec l'autorisation de son mari, aliéner sa dot mobilière même indirectement, en consentant des obligations exécutoires sur ses meubles ou sur ses deniers dotaux..... Il résulte du procès-verbal de la discussion du Code civil que les auteurs de ce Code ont voulu maintenir le régime dotal, *tel qu'il existait dans les pays de droit écrit*, sauf les modifications qu'ils ont formellement exprimées, et qu'ils n'ont aucunement dérogé à la prohibition qui était faite à la femme mariée sous le régime dotal, d'aliéner par des obligations ou autrement sa dot mobilière » (1).

C'est sur cette intention des rédacteurs, assez nettement manifestée par les travaux préparatoires, d'avoir recours à la tradition pour éclairer, dans cette matière trop écourtée, les points laissés dans le vague ou passés sous silence, que la jurisprudence a pu étayer sa théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Elle a cependant voulu chercher à la fortifier, à la consolider par d'autres arguments. Y a-t-elle réussi ? Nous ne le croyons pas.

§ 2. — Argument d'ordre économique.

Le principe de l'inaliénabilité de la dot immobilière est positivement proclamé et réglementé par la loi (art. 1554 et suiv., C. civ.) : mais en établissant une distinction entre la dot immobilière qu'il protégeait et la

(1) V. arrêt précité.

dot mobilière qu'il négligeait, le législateur laissait le régime dotal incomplet et se mettait en désaccord avec l'état économique de la société.

Était-il possible de concevoir que « la garantie de l'inaliénabilité accordée à la femme qui apporte en dot une cabane et un arpent de bruyère puisse être refusée à celle qui possède 100.000 livres de rente en capital mobilier ? » (1). Le législateur avait-il voulu créer une telle anomalie ?

Si puissante que soit cette considération, elle ne peut être donnée comme une preuve certaine que les rédacteurs du Code ont entendu appliquer à la conservation de la dot mobilière les garanties accordées à la dot immobilière. Il serait trop facile de nous objecter que nombre de dispositions écrites dans le Code s'inspirent de cette idée que la partie mobilière du patrimoine est de peu d'importance, idée contenue dans cet adage encore en faveur à cette époque « *res mobilis res vilis* », et que, par suite, il n'y a aucune raison pour penser que le législateur de 1804 a voulu y apporter une dérogation en édictant l'inaliénabilité de la dot mobilière.

§ 3. — Argument d'ordre juridique.

Cet argument est tiré des textes :

1^o Article 1541 du Code civil.

Cet article traite de la composition de la dot et y fait rentrer les meubles : c'est donc, prétend-on, que les meubles sont inaliénables, puisque l'inaliénabilité est une conséquence de la dotalité : la dot comprenant les meubles, l'inaliénabilité doit les atteindre.

(1) Rossi, *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, p. 7.

Grave erreur qui est le résultat d'une confusion entre la dotalité et l'inaliénabilité. Les biens dotaux et les biens paraphernaux ne sont pas seulement différenciés par l'inaliénabilité ; ils le sont encore en effet au point de vue des droits de jouissance de la femme, des pouvoirs d'administration et des droits de jouissance du mari. Or, à cet égard, meubles et immeubles sont soumis de façon expresse (art. 1549 C. civ.) aux mêmes règles, c'est de qui a permis de les ranger dans la même catégorie de biens, dits *biens dotaux*, et de les distinguer des *biens paraphernaux*.

Il est d'ailleurs évident que la loi elle-même en autorisant les conventions qui rendent la dot immobilière aliénable reconnaît qu'un bien peut garder son caractère dotal, quoiqu'il ne soit pas inaliénable.

2° Articles 1555 et 1556 du Code civil.

Dans la partie du chapitre consacrée à l'inaliénabilité, les articles 1555 et 1556 du Code civil permettent à la femme de donner ses *biens dotaux* pour l'établissement de ses enfants.

Cette permission ne devrait-elle pas être restreinte aux immeubles, si de droit commun, la femme pouvait aliéner sa dot mobilière.

C'est jouer sur les mots : dans les articles 1555 et 1556, le législateur a employé l'expression large *biens dotaux* au lieu du mot spécial *immeuble dotal* employé dans l'article 1554 du Code civil. Est-il possible de tirer un argument de ce fait ? Oui, si la règle de l'inaliénabilité était sous-entendue ; en effet, on pourrait dire : « Dès lors que la loi énumère tel ou tel cas où il est permis d'aliéner les biens dotaux, c'est qu'elle fixe des excep-

tions et qu'elle défend d'aliéner ces mêmes biens dans les cas ordinaires. »

Mais le législateur n'a pas procédé ainsi : il a commencé par nous donner le principe, la règle dans l'article 1554 du Code civil. Or, cette règle ne s'applique qu'aux immeubles ; c'est évident d'après les termes employés, et, quand le législateur fixe les exceptions, il est clair que ses expressions n'ont qu'un sens relatif déterminé par la règle qui vient d'être posée, que le mot *biens* signifie *biens inaliénables* régis par l'article précédent.

3^e Article 83 du Code de procédure civile.

Quand les tribunaux jugent d'affaires concernant la *dot* des femmes mariées sous le régime dotal, l'article 83 du Code de procédure civile exige la communication du dossier au ministère public.

On trouve dans cet article un argument en faveur de la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière. En effet, dit-on, cette communication au ministère public est faite sans distinguer si la *dot* est *mobilière* ou *immobilière*. Or quel est le but du législateur ? C'est d'empêcher des aliénations déguisées qui pourraient résulter de condamnations judiciaires acceptées volontairement. Donc, en ne créant pas de distinction, l'article prouve que la dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière.

On donne ainsi à l'article 83 du Code de procédure civile une importance bien exagérée : il ne s'occupe qu'incidemment de la *dot* dans une énumération qu'il présente. Il s'agit dans cet article de confier au ministère public la protection d'un certain nombre d'intérêts divers et la loi y parle des causes des présumés absents, des mineurs, des personnes protégées par un curateur, des

femmes non autorisées par leur mari, toutes personnes dont les biens ne sont pas inaliénables.

Quand elle traite de la dot des femmes mariées sous le régime dotal, attendu l'intérêt qu'elle y attache, elle ne se contente plus de la garantie de l'autorisation maritale, elle veut un contrôle plus efficace et exige la communication au ministère public. C'est la protection toute spéciale que la loi accorde à la dot de la femme mariée sous le régime dotal qui explique l'article 83 du Code de procédure civile, et il n'y a pas là une disposition qui suppose l'inaliénabilité de la dot quelle qu'elle soit. La preuve en est que, si cet article avait eu pour but unique la protection d'une dot inaliénable, le législateur aurait dispensé de la communication au ministère public les causes concernant la dot immobilière rendue inaliénable (art. 1557, C. civ.). Si, donc, son expression large comprend l'immeuble *dotal aliénable*, elle peut aussi comprendre la *dot mobilière*, sans qu'il soit besoin de la considérer comme inaliénable.

4^o *Articles 9 et 20 du décret du 28 février 1852 sur les Sociétés de Crédit foncier.*

On s'est encore appuyé sur le décret du 28 février 1852 rendu à l'époque dictatoriale, alors que le chef de l'Etat cumulait à la fois le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, pour soutenir que ce n'est pas seulement en fait, mais en droit, que la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière a aujourd'hui force légale.

ART. 9. — Lorsque l'hypothèque légale est inscrite, le prêt ne peut être réalisé qu'après la mainlevée donnée soit par la femme *non mariée sous le régime dotal*, soit par le subrogé-tuteur, etc.

ART. 20. — Lorsque la femme mariée est présente au contrat de prêt, elle peut, *si elle n'est pas mariée sous le régime dotal*, consentir une subrogation à son hypothèque légale jusqu'à concurrence du montant du prêt, etc.

Si les rédacteurs du décret avaient pu prévoir un revirement de la jurisprudence, ils n'auraient pas inséré, dit-on, dans le texte des articles 9 et 20 des dispositions qui auraient mis le Crédit foncier dans un état d'infériorité par rapport aux autres sociétés de crédit au cas où plus tard la jurisprudence se serait prononcée pour l'aliénabilité de la dot mobilière.

C'est donc qu'ils considéraient que la femme mariée sous le régime dotal ne pouvait subroger le Crédit foncier dans son hypothèque légale ou en donner mainlevée, et s'ils l'écrivaient dans le texte du décret, c'est qu'ils regardaient l'inaliénabilité de la dot mobilière comme établie en droit.

Il est vrai que le nouvel article 20, modifié par la loi du 10 juin 1853, ne parle plus de l'impossibilité pour la femme dotale de subroger le Crédit foncier à son hypothèque légale, mais rien ne permet de penser que les rédacteurs de cette loi aient entendu apporter une modification au principe posé dans l'ancien article 20 : on ne trouve aucune explication à cet égard dans les travaux préparatoires de la loi de 1853 (1). Bien mieux, on rejeta un amendement qui permettait au Crédit foncier de prêter dans certaines conditions sur les immeubles du mari affectés de l'hypothèque légale de la femme mariée sous le régime dotal, parce qu'autrement, disait l'auteur de cet amendement, les sociétés de crédit ne pourraient

(1) Josseau, Travaux préparatoires, *Traité du Crédit foncier*, t. II, p. 558 et suiv.

fonctionner dans le Midi de la France où le régime légal pour ainsi dire, était le régime dotal (1). Accepter l'amendement, c'eût été voter une dérogation à la règle que le Crédit foncier ne peut prêter que sur première hypothèque et son rejet implique bien que l'on considérerait comme toujours en vigueur le principe d'après lequel la femme mariée sous le régime dotal ne peut subroger dans l'effet de son hypothèque légale ni en donner mainlevée.

De cette observation, peut-on conclure que le décret de 1852 à érigé en loi le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière ? (2). Les rédacteurs du décret ne se sont-ils pas plutôt arrêtés à une doctrine qui, pour eux, avait déjà à cette époque, ainsi que nous l'avons vu, force de loi ou du moins qui tendait de plus en plus à l'acquiescer.

Ils considéraient la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière comme définitivement établie et ils ne songeaient qu'à la respecter et à en faire une stricte application.

*5° Article 9 de la loi du 23 mars 1855
sur la transcription.*

L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription qui détermine les conditions auxquelles est subordonnée la cession de l'hypothèque légale des femmes mariées commence par ces mots : « Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... »

Ce texte paraît donc reconnaître que l'hypothèque n'est pas toujours cessible, ce qui indique une distinction entre les femmes mariées sous le régime dotal qui ne

(1) Josseau, *op. cit.*, p. 568 et 569.

(2) Pierre Regnault, *Rev. crit. de législat.*, 1896.

peuvent céder leur hypothèque et les femmes mariées sous les autres régimes qui ne sont frappées d'aucune incapacité touchant leur dot.

Mais ce texte a-t-il la portée qu'on veut bien lui donner ? Il faudrait dans ce cas avouer que le législateur, soit qu'il voulût créer une règle nouvelle, soit qu'il eût l'intention de ratifier en quelque sorte une règle contestée, s'est expliqué d'une façon bien peu catégorique : il devait, en effet, mettre fin à un débat dont on pouvait alors présager l'issue.

A la simple lecture de l'article, la présomption paraît être que les rédacteurs de la loi n'ont pas voulu donner leur avis sur une aussi grave question.

Au début, l'article 9 contient simplement une réserve faite par des législateurs qui voulaient tourner une difficulté. Ils connaissaient la controverse, mais ils se gardaient bien de la trancher ; ils s'en référaient, par suite, à la législation antérieure, de même que les rédacteurs du décret du 28 février 1852, ne faisant faire aucun pas à la question, la laissant ce qu'elle était avant eux, abandonnée à la libre discussion.

Cette intention est clairement manifestée dans le rapport de la commission chargée de l'examen de la loi au corps législatif. Le projet du gouvernement portait (art. 11 devenu art. 9) : « Les femmes ne peuvent céder leurs droits d'hypothèque ou y renoncer que par acte authentique. » La commission proposa la rédaction actuelle et elle motiva ainsi sa proposition : « L'article a subi un changement de rédaction tendant à bien établir que la loi actuelle n'a pas pour but de *modifier en quoi que ce soit la législation relative aux droits de la femme ma-*

riée en matière de cession ou de renonciation à son hypothèque légale » (1).

On ne peut indiquer plus explicitement sa volonté de ne pas innover.

Pour conclure, il est permis de dire que la loi du 23 mars 1855, de même que le décret du 28 février 1852, n'est pas un texte créant pour la dot mobilière une inaliénabilité que le Code civil aurait condamnée ou écartée, et s'il nous est possible de faire entrer ces deux textes en ligne de compte, ce n'est que pour reconnaître que le législateur, loin de repousser l'interprétation donnée au Code civil sur la question qui nous intéresse, l'a implicitement approuvée en réservant en termes formels dans ces deux textes les cas dans lesquels la subrogation à son hypothèque légale n'est pas permise à l'épouse. Il y a là un respect significatif de la jurisprudence.

CONCLUSION

L'examen de ces divers arguments, qu'on a cru bon de faire valoir à la décharge de la jurisprudence, amène à confesser que le Code civil a gardé un silence absolu sur la question de l'inaliénabilité de la dot mobilière et que les tribunaux ont déclaré et érigé en principe que ce silence devait être *interprété*, conformément d'ailleurs à la volonté des rédacteurs du Code, dans le sens de la conservation d'une *inaliénabilité traditionnelle*. C'est la jurisprudence qui a présenté et appliqué la théorie telle qu'elle est aujourd'hui.

Mais il faut bien le dire, et nous le répétons ici, de

(1) Colmet de Santerre, *Eléments de droit civil*.

puissantes raisons économiques et sociales l'incitaient à agir ainsi. Des besoins nouveaux réclamaient des dispositions nouvelles, et à l'apparition de la richesse mobilière devait correspondre une innovation juridique pour l'entourer des mêmes garanties que les droits immobiliers.

Or, rien n'est plus difficile à mettre en mouvement que l'appareil législatif et telle réforme qui se fera d'elle-même, si elle s'introduit par l'usage, risquera fort de ne jamais voir le jour, s'il lui faut subir l'épreuve souvent bien artificielle et incomplète de la discussion parlementaire. A côté de la « lex » les Romains avaient un organe plus souple dans la jurisprudence prétorienne, c'était l'instrument de précision trempé par des épreuves successives. — Jusqu'à la fin du xviii^e siècle, l'Allemagne n'a connu que les coutumes locales toujours en voie de développement comme un organisme vivant coordonné par le droit romain reçu au xvi^e siècle comme droit commun. — L'Angleterre a ses Cours d'équité qui sur beaucoup de points corrigent ou complètent son droit traditionnel. « Chez eux, la loi, c'est le précédent judiciaire... Comme les Cours ne posent pas de principes et ne rédigent pas en termes précis des formules légales, les modifications ont passé presque inaperçues et la loi s'est créée par accession » (1).

En France, n'aurions-nous pas à compter aussi avec la jurisprudence ? On lui conteste un tel pouvoir. « Qu'on y prenne garde, dit M. Saleilles ; s'il en est ainsi, c'en est fait du progrès juridique et de la science du droit en gé-

(1) Bertrand, *De la codification*, Discours de rentrée à la Cour de cassation (Loi 16 et 17 octobre 1888).

néral, le droit, comme toute œuvre de l'esprit humain, vit de liberté » (1).

C'est cette conception que se font de la jurisprudence les plus éminents auteurs qui autorise le pouvoir judiciaire à donner à la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière un cours légal : il a fait office de droit coutumier et est venu se juxtaposer à la loi écrite pour la modifier, la compléter, la corriger au gré des événements économiques et sociaux.

Quelle que soit l'opinion que l'on ait sur la légalité de ce pouvoir extensif des tribunaux, il nous est possible de dire qu'en ce qui touche la matière de l'inaliénabilité de la dot mobilière la jurisprudence *est faite* et qu'elle paraît invariable, parce que les applications qu'elle fait du principe ne font que la fortifier.

« Trop d'intérêts considérables, s'écrie M. Regnault, trop de contrats de mariage ont été rédigés précisément en vue et en considération de l'inaliénabilité de la dot mobilière pour que la jurisprudence puisse raisonnablement et équitablement abandonner le point de vue auquel elle s'est placée jusqu'ici. Abandonner la doctrine de l'inaliénabilité de la dot mobilière serait, il ne faut pas hésiter à le dire, une véritable atteinte portée à des droits acquis. S'il est permis de penser qu'en principe il vaut mieux que les tribunaux s'abstiennent de faire la loi, parce que précisément lorsqu'il s'opère un changement dans la jurisprudence primitive, ce changement se produit avec effet rétroactif et porte atteinte aux droits acquis sous l'empire de la jurisprudence antérieure, il n'en est pas moins vrai que lorsque la jurisprudence est

(1) *Rev. internat. enseign.*, 1890, p. 490.

considérée comme faisant la loi, non seulement devant les tribunaux, mais dans la pratique notariale depuis aussi longtemps que la jurisprudence de l'inaliénabilité de la dot mobilière, la raison même qui devrait s'opposer à un revirement sur ce point, serait qu'il ne pourrait se produire qu'avec effet rétroactif » (1).

(1) Regnault, *loc. cit.* (*Rev. crit. de législ.*, 1896).

CHAPITRE DEUXIÈME

DES CONSÉQUENCES ET APPLICATIONS DE LA THÉORIE.

SECTION I. — Explication du principe.

Pour déterminer les conséquences et applications de la théorie jurisprudentielle sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, il est utile de mettre en vedette et d'expliquer la formule du système telle qu'elle est sortie du creuset judiciaire.

Cette formule est la suivante :

« La dot mobilière est inaliénable, mais seulement à l'égard de la femme, c'est-à-dire que cette inaliénabilité laisse intact aux mains du mari le droit de disposer des meubles dotaux corporels et incorporels : ce qui est indisponible, c'est la créance en restitution de la dot, cette créance est inaliénable et en elle-même, et quant aux sûretés qui l'accompagnent. »

Ce principe paraît peu compréhensible à première lecture, et il semble renfermer une certaine anomalie, puisqu'il déclare que la dot mobilière de la femme mariée sous le régime dotal est tout à la fois aliénable et inaliénable.

En voici l'explication :

Si la dot consiste en choses de consommation ou en corps certains estimés, le mari, aux termes de l'article 1551 du Code civil en devient propriétaire et peut en

disposer ; mais la femme acquiert aussitôt un droit de créance garanti par une hypothèque légale. Décider alors qu'aucun des actes des époux ne peut aboutir à la perte ou à la diminution de ce droit, c'est consacrer le principe de l'inaliénabilité.

Et si maintenant la dot consiste en corps certains non estimés, en droits incorporels, et qu'on admette d'après la jurisprudence, d'une part, qu'il faille reconnaître au mari le même droit de disposition que dans l'hypothèse précédente, et d'autre part, annuler tout acte qui aurait pour effet de compromettre l'action en reprise de la femme, on pourra dire alors sans contradiction, sans anomalie, que les meubles dotaux sont aliénables, mais que la dot, bien juridique, est inaliénable.

C'est là résumé le système tel qu'il découle des arrêts rendus par les cours, arrêts que nous avons analysés dans le chapitre précédent.

Nous pouvons maintenant aisément suivre la jurisprudence dans les applications qu'elle fait de son système en envisageant tour à tour les droits du mari et ceux de la femme.

SECTION II. — De quelques applications faites par la jurisprudence à chacune des deux propositions suivantes.

A. — Le mari a le droit d'aliéner la dot mobilière de sa femme.

B. — La femme ne peut aliéner sa créance en restitution de la dot.

1^{re} PROPOSITION. — *Le mari a le droit d'aliéner la dot mobilière de sa femme. — Ses applications.*

En vertu des pouvoirs de large administration que lui

confère l'article 1549 du Code civil, la jurisprudence reconnaît au mari le droit d'aliéner la dot mobilière.

Il lui est loisible par conséquent de céder sans le concours de sa femme, les créances dotales quelle qu'en soit l'importance, avant même qu'elles ne soient devenues exigibles ; le principe de la validité de cette cession a été consacré par de nombreux arrêts (1).

La participation du mari à un concordat, à raison de la créance dotale de la femme, n'est de sa part que l'exercice d'un droit légitime valable à l'égard des tiers, sauf sa responsabilité à l'égard de sa femme, et le vote du mari à ce concordat emporte de plein droit renonciation à l'hypothèque qui garantit la créance dotale (2).

Le mari peut également transférer les rentes perpétuelles (3), consentir le remboursement du capital d'une rente viagère (4).

Il peut traiter sur un compte de tutelle dû à sa femme, lorsque celle-ci s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir ; consentir des remises sur les créances dotales (5) ; renoncer purement et simplement aux hypothèques les garantissant (6).

Il a la faculté de laisser éteindre par prescription les créances dotales.

Quant aux meubles corporels, il peut les aliéner, alors même qu'ils sont restés la propriété de la femme par une clause formelle du contrat de mariage ; les tiers avec qui

(1) Paris, 28 mars 1829, S. 29.2.142 ; Cass., 1^{er} août 1866 ; Cass., 20 mars 1882.

(2) Cass. ch. civ., 26 août 1851, S. 51.1.805.

(3) Cass., 1^{er} décembre 1851, S. 51.1.808.

(4) Cass., 6 décembre 1859, S. 60.1.644.

(5) Cass., 18 août 1851, S. 51.1.805.

(6) Grenoble, 13 juillet 1848, S. 48.2.753.

il aura traité relativement à ces biens seront en droit d'invoquer l'exception de l'article 2279 du Code civil, s'ils sont de bonne foi. Cependant si le mari peut céder ces biens, ses créanciers par dérogation à l'article 1166 du Code civil n'ont pas le même pouvoir ; en effet, l'époux n'aliénant pas en qualité de propriétaire, mais seulement comme administrateur, il faut refuser à ses créanciers le droit de saisie (1).

L'étendue des pouvoirs du mari sur les meubles dotaux de sa femme est donc considérable, puisqu'il peut même opposer la compensation (2) ; toutefois on ne saurait lui reconnaître le droit de dépouiller, suivant son caprice ou ses convenances personnelles, sa femme de sa fortune mobilière par des actes évidemment contraires à ses intérêts et empreints d'un caractère dolosif. Si, en général, l'usage intelligent ou l'abus que le mari fait de son autorité n'engage que sa responsabilité vis-à-vis de sa femme garantie par l'hypothèque légale, et, si l'exécution des actes passés par lui peut même, dans certains cas, être maintenue à l'égard des tiers de bonne foi, il ne saurait en être de même lorsque cette bonne foi n'existe pas ; les tiers se sont alors rendus complices de l'abus et de la fraude en y concourant et même en les provoquant pour en tirer profit. Aussi l'acte d'aliénation passé par le

(1) Poitiers, 17 juillet 1860, D. 63.2.28. — V. cep. Cour de Caen, 26 mars 1862, S. 63.2.62.

(2) Grenoble, 13 décembre 1823, S. 23.2.277 ; Caen, 18 juillet 1854, S. 56.2.180 ; Limoges, 15 juillet 1884, D. 84.2.65. — Le mari peut opposer la compensation, parce que, ce faisant, il donne pour ainsi dire quittance de la dot ; mais le tiers constituant n'aurait pas le même droit si le mari agissait en recouvrement de la créance dotale.

mari sera-t-il nul s'il y a eu concert frauduleux avec les tiers (1).

2^e PROPOSITION. — *La femme dotale ne peut aliéner sa créance en restitution de la dot. — Ses applications.*

Le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière qui n'existe pas, nous venons de le voir, à l'égard du mari, se traduit par l'impuissance légale dans laquelle la femme se trouve de renoncer, *même avec l'autorisation de son mari*, aux créances qui résultent pour elle de la responsabilité encourue par celui-ci dans l'exercice du pouvoir d'administration qui lui est reconnu, ainsi qu'à l'hypothèque légale qui garantit ces créances.

De ce principe qu'aucun acte de la femme même autorisée de son mari ne peut avoir pour effet de compromettre son action en reprise de la dot mobilière, la jurisprudence a tiré les conséquences suivantes :

La femme ne peut céder ses reprises ou y renoncer ;

Elle ne peut davantage, du moins avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, donner une quittance valable ou libératoire aux débiteurs dotaux (2) ;

Elle ne peut ni subroger un tiers à l'hypothèque légale qui garantit sa créance en restitution, ni y renoncer, soit en totalité soit en partie, ni même consentir une cession d'antériorité (3). C'est là l'application vraiment pratique de la règle de la jurisprudence, qui d'ailleurs, dès l'origine, s'est prononcée en ce sens ;

(1) Cass., 26 mars 1855, S. 55.1.481 ; Cass., 6 décembre 1859, précité, S. 60.1.644.

(2) Cass., 6 décembre 1859 précité ; Cass. ch. civ., 12 janvier 1857, S. 57.1.349.

(3) Cass. ch. req., 28 juin 1850, S. 50.1.341 ; Cass., 13 février 1866, S. 67.1.21.

La femme ne peut donner mainlevée des inscriptions destinées à protéger les créances dotales tant que les débiteurs ne se sont pas libérés, ni acquiescer valablement aux jugements prononçant la radiation de ces inscriptions ;

Elle ne peut ni transiger, ni compromettre même sur les contestations relatives au partage d'une succession non liquidée, sur laquelle elle a des droits qu'elle s'est constitués en dot (1). Les aveux ou déclarations qui pourraient porter atteinte à ses droits dotaux mobiliers lui sont aussi interdits ;

Elle ne peut se dessaisir de sa dot mobilière par un partage anticipé entre tous ses enfants précédemment dotés par elle (2).

En général, elle ne peut engager ses biens dotaux, et toutes les obligations qu'elle contracte sont nulles en ce qui concerne la dot mobilière, comme elles le sont par rapport aux immeubles.

L'exécution n'en pourra être poursuivie sur la dot ni pendant le mariage, avant ou après la séparation de biens, ni après la dissolution du mariage contre la femme devenue veuve ou ses héritiers et représentants, qui pourront se prévaloir de cette nullité (3).

Cette exécution ne pourra également être poursuivie ni par voie de saisie des meubles dotaux, ni par voie de saisie-arrest de la créance appartenant à la femme contre son mari, ni par voie de compensation, ni d'aucune autre ma-

(1) Cass. ch. civ., 23 août 1864, S. 65.1.398.

(2) Cass. ch. req., 13 avril 1864, S. 64.1.174 ; Caen, 11 juin 1869, S. 70.2.36.

(3) Paris, 2 juin 1833, S. 33.2.382 ; Cass., 16 décembre 1846, 30 août 1847, 13 février 1884, *Pand. franç., chr.* VI, 1.258.

nière sur le capital de la dot mobilière, ni même dans aucune autre mesure, sur les revenus que produit cette dot (1). L'acte par lequel la femme ratifierait pendant le mariage un engagement antérieur rescindable n'aurait pas plus de valeur que l'obligation elle-même (2).

Toutefois, si cette obligation est nulle quant aux biens qui, à un moment quelconque du mariage, ont été marqués de l'empreinte de la dotalité, elle est valable à l'égard des biens extra-dotaux ou paraphernaux (3) et l'exécution pourra en être poursuivie sur ces biens, si la femme en possède. Si elle s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, les créanciers auront action sur les biens qui lui adviendront après la dissolution du mariage, parce qu'ils n'auront jamais été affectés de dotalité, comme aussi sur les biens qui lui seraient donnés au cours du mariage avec cette clause qu'ils n'entreront pas dans la dot (4).

Enfin, ils pourront agir sur les biens personnels des héritiers de la femme, qui auraient accepté purement et simplement sa succession (5). Ceux-ci peuvent encore être poursuivis sur les biens qui pendant le mariage étaient paraphernaux, mais non sur les biens qui, à la même époque, étaient dotaux (6).

(1) Cass. ch. réun., 7 juin 1864, S. 64.4.201. Note Labbé, *Journ. Pal.*, 1864, p. 67.

(2) Ch. civ., 40 décembre 1867, S. 68.1.121.

(3) Cass., 29 juin 1842, S. 42.1.737. — V. Roussilhe, *De la dot*, t. I, p. 436.

(4) Cass., 7 décembre 1843 ; Bordeaux, 12 mai 1868, S. 69.2.33.

(5) Cass., 12 décembre 1855, S. 55.1.455 ; Paris, 16 janvier 1858, S. 58.2.502.

(6) Cass., 16 décembre 1846, 26 août 1847, 13 février 1884, *Pand. fr., chr.* VII. 258.

On a contesté cette solution en cas d'acceptation pure et simple de la succession de la femme en invoquant les articles 724, 873 et 879 du Code civil. La Cour de cassation a répondu à cette objection que si l'héritier pur et simple est personnellement obligé aux dettes du *de cujus*, ce n'est point en vertu d'un engagement nouveau et distinct de celui de son auteur : ses dettes lui sont transmises avec toutes leurs modalités. Il en est de même des biens qui doivent conserver à l'égard des créanciers de la femme le caractère de dotalité : ils seront indisponibles, c'est d'ailleurs une conséquence de ce principe non douteux que l'héritier succède d'une manière absolue aux droits et obligations de son auteur. Décider autrement serait tronquer, dénaturer le régime dotal, et pour être logique, il faudrait admettre que les héritiers purs et simples ne peuvent faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, parce qu'ils ont succédé à l'obligation de garantie : or, l'article 1560 du Code civil dit formellement le contraire.

Il faut aussi admettre que si la femme, devenue veuve, ratifie l'obligation contractée pendant le mariage, les créanciers auront alors le droit de se faire payer même sur les biens qui ont été dotaux. La nullité n'existait que dans l'intérêt de la femme et de la conservation de la dot ; or, après le mariage, il n'y a plus de dot et par conséquent, plus de femme intéressée à sa conservation.

Des exemples que nous venons d'étudier, il résulte que dans quelque hypothèse qu'on se place, la femme ne peut pendant le mariage porter atteinte à sa dot mobilière ; celle-ci se trouve convertie en une créance en restitution contre son mari, et c'est cette créance ainsi que l'hypothèque qui la garantit que la jurisprudence déclare inaliénable.

Il y a ainsi dans la femme mariée sous le régime dotal deux personnes distinctes, mais inséparables et toujours coexistantes, deux sœurs jumelles réunies par le lien du mariage, la femme dotale et la femme paraphernale. L'une oblige l'autre dans tous les cas, quand même il s'agirait d'un acte relatif à la dot (1) et que la constitution de dot comprendrait tous les biens présents et à venir. Même dans ce dernier cas, la femme paraphernale existe, virtuellement pour ainsi dire ; son obligation n'est donc pas nulle et l'exécution en est seulement différée, comme actuellement impossible.

L'incapacité de la femme dotale relativement à ce que nous entendons par dot mobilière, résulte du but que se sont proposé d'abord la loi en organisant le régime dotal, ensuite les parties en l'adoptant dans leurs conventions matrimoniales. On a voulu soustraire la dot à toutes les causes de perte ou d'amoindrissement qui pourraient provenir de la volonté des époux. Quant à la cause de l'inefficacité des obligations contractées par la femme durant le mariage, il faut, nous l'avons dit (2), se garder de l'attribuer à une prétendue indisponibilité qui frapperait les biens dotaux. Cette incapacité particulière au régime dotal a sa raison dans la nature et la destination de la dot sous ce régime. Il est vrai de dire qu'elle se restreint aux biens dotaux, mais il n'y a pas indisponibilité de ces mêmes biens. « C'est encore le sénatus-consulte velléien, dit M. Gide, qui quoique ostensiblement abrogé, fait sentir son influence latente et secrète. »

Cette théorie nous permet de faire les déductions suivantes :

(1) Lyon, 3 janvier 1838, S. 38.2.160.

(2) *Introduction*, p. 5.

Les créanciers dont les droits ont pris naissance pendant le mariage ne pourront poursuivre leur paiement sur la dot, lorsqu'après la dissolution du mariage elle sera devenue disponible.

Nous déciderons, au contraire, que l'obligation souscrite par la femme avant le mariage et ayant date certaine est valable et exécutoire sur les biens dotaux.

L'ordre public exige qu'il soit dérogé à toutes règles d'incapacité, lorsqu'il s'agit de délits ou de quasi-délits (Arg. art. 1310 C. civ.), il faut donc admettre que l'exécution des obligations résultant de délits commis par la femme dotale sera opérée sur les biens dotaux (1).

Enfin, le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière doit également fléchir devant les exceptions apportées à la règle de l'inaliénabilité des immeubles par les articles 1555 et suivants du Code civil. Ces exceptions sont applicables à la dot mobilière et la femme pourra valablement céder son action en reprise de sa dot, subroger à son hypothèque légale, s'obliger sur sa dot, pour établir ses enfants, tirer le mari de prison, fournir des aliments à la famille (2), sauf à modifier les formalités prescrites pour l'aliénation des immeubles et qui, pratiquement, ne pourraient être appliquées aux meubles (3).

Il est encore un cas d'application de la théorie jurisprudentielle de l'inaliénabilité de la dot mobilière sur

(1) Cass., 29 juillet 1869 ; Montpellier, 27 janvier 1870 ; Cass., 10 juin 1879, 16 février 1880, *Pand. fr. chr.*, VI. 1.65 ; 19 janvier 1886, 29 mars 1893, *Pand. fr.*, 93.1.527. *Secus* au cas de condamnation de la femme par suite d'un quasi-contrat : Cass., 21 août 1848.

(2) Cass., 1^{er} avril 1845, S.45 1.256.

(3) Troplong, *Code civil*, n° 3444 ; Trib. Seine, 28 août 1849, S. 50.1.99 ; D'Espinasse, *De la dot*, sect. 2, n° 33 ; Chabrol, t. II, p. 245.

lequel nous devons appeler l'attention, c'est le cas de séparation de biens.

Cet événement survenant, la femme reprend la « libre administration » de tous ses biens dotaux, dit l'article 1449 du Code civil ; elle devrait donc avoir logiquement sur ces biens des droits équivalents à ceux qu'avait le mari, qui n'était qu'un mandataire légal ; et cependant la jurisprudence ne donne à la femme, pourtant propriétaire de sa dot, qu'un droit d'administration pure bien moindre que celui dont disposait le mari : l'acte d'aliénation le plus sage, accompli par elle, est nul, alors que le mari l'eût valablement fait (1).

C'est précisément dans ce cas, que le système de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière s'exerce avec le plus de rigueur, reprend tout son empire. La raison ? Elle est simple : la femme, une fois séparée, ne bénéficie plus des garanties qu'elle avait contre son mari pour la restitution de la dot, garanties qui étaient inaliénables, et décider que la femme séparée de biens jouirait des mêmes prérogatives que celles conférées à son mari, c'eût été compromettre irrémédiablement la dot mobilière qu'on déclarait inaliénable.

Le droit de la femme dotale se borne donc sur sa dot mobilière, après la séparation de biens, à un droit d'administration, excluant toute idée d'aliénation. Mais jusqu'où va l'administration ? Où s'arrête-t-elle ? Où commence l'aliénation ? Sur ce point, en ce qui concerne les actes de la femme, l'unité des décisions n'est pas parfaite, les arrêts semblent s'inspirer plutôt des intérêts de la femme que du caractère même des actes (2).

(1) Cass., 14 novembre 1846, ch. réun., S. 46.1.824 ; Cass., 29 juillet 1862, S. 63.1.443 ; Cass., 4 juillet 1881, S. 82.1.212.

(2) Bordeaux, 9 mars 1846, S. 46.2.537 ; Cass., 11 novembre 1867,

SECTION III. — **Appréciation de la théorie
jurisprudentielle.**

Le système de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière de la femme dotale, tel que nous venons de l'étudier, est peu logique sur certains points ; aussi les critiques ne lui ont-elles pas été ménagées.

Il est peut-être difficile, en effet, de justifier au point de vue juridique certaines aliénations de meubles dotaux par le mari en vertu d'un simple droit *d'administration* ; qui dit administrateur ne dit pas propriétaire, et quiconque n'a pas la propriété d'une chose ne peut l'aliéner. Les raisons invoquées par la Cour suprême expliquent bien pourquoi les tiers retiendront les meubles aliénés, mais ne justifient pas le droit même d'aliénation du mari (1).

Quoi qu'il en soit, le système adopté par la Cour suprême paraît conforme aux précédents historiques. Il se rapproche, en effet, de celui qui était pratiqué dans les ressorts des Parlements d'Aix, de Toulouse et de Grenoble et admis par Roussilhe, Mallebay de Lamothe, Rousseau de Lacombe, d'Olive (2). En allant ainsi chercher dans l'ancien droit la solution des questions qui étaient soulevées devant elle, la Cour suprême, ainsi que nous l'avons exprimé (3), a respecté l'esprit de la loi et les indications de Portalis et de Cambacérès.

Ce système paraît bien offrir un double avantage : il

S. 68.1.17 ; Bordeaux, 30 mai 1881, S. 84.2.217 ; Grenoble, 14 mars 1872, S. 72.2.249.

(1) Paris, 2 juin 1831, S. 31.2.195 ; 14 janvier 1854, S. 54.2.90. D. 55.2.212.

(2) Lescœur, *Rev. crit. de législ.*, 1875, *op. cit.*

(3) V. chap. I, sect. 1, p. 17.

donne satisfaction au besoin de progrès qui se fait sentir dans notre état social actuel et au désir de protection dont la jurisprudence est animée à l'égard de la femme dotale.

En permettant au mari d'aliéner les meubles dotaux, les créances dotales, on échappe ainsi au reproche d'immobiliser une catégorie de biens ; on laisse dans le commerce des valeurs importantes dont la mise en circulation créera de nouveaux capitaux, sera une source de richesse. Le mari peut profiter des spéculations avantageuses qui s'offrent à lui, son crédit augmente et gagne en étendue, c'est un accroissement du patrimoine familial qui a pour corollaire celui de la fortune publique : il est vrai que ces mêmes pouvoirs donneront au mari, administrateur imprudent, la faculté de gaspiller le bien dotal de sa femme, sans que celle-ci ait grande chance de recouvrer sa créance au cas d'insolvabilité de son conjoint.

Le principe de conservation lui aussi est sauvegardé. L'heureuse impuissance où est la femme de disposer de la créance en restitution de sa dot, la prémunit contre sa propre faiblesse, ses tentations et les entraînements irréfléchis, et assure à la famille la part de fortune que la loi a permis de soustraire à l'action des créanciers.

Nous nous réservons cependant de montrer comment la jurisprudence, après avoir réuni un véritable faisceau de mesures protectrices pour la dot de la femme, a manqué son but.

DEUXIÈME PARTIE

DES MESURES COMPLÉMENTAIRES DU PRINCIPE DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE

TITRE PREMIER

PREMIÈRE MESURE

DE LA DOTALITÉ RENFERMÉE

CHAPITRE PREMIER

POSITION DE LA QUESTION.

La dot, dans le sens le plus large du mot, embrasse aussi bien les meubles que les immeubles apportés en mariage par la femme au mari pour subvenir aux charges du ménage (art. 1540 C. civ.), ou donnés à la femme par un tiers (art. 1541 C. civ.), et sa composition l'oblige à subir au cours du mariage des modifications ou transformations.

La dot mobilière est par sa nature même plus susceptible de se transformer que la dot immobilière : cela tient

aussi, comme nous le verrons, à son caractère d'inaliénabilité qui la différencie de la dot immobilière.

Ainsi, lorsque la dot est constituée en argent, il est tout simple que, pour utiliser cette dot, on modifie sa composition, qu'elle subisse une transformation : le mari ou la femme autorisée de son mari, peut employer les deniers dotaux à l'acquisition d'un immeuble ou de valeurs mobilières.

Il peut aussi très bien se faire que le tiers qui a constitué en dot à la femme une somme d'argent, au lieu de lui verser cette somme lui donne en paiement un immeuble ou des valeurs mobilières.

Dans ces deux hypothèses, la dot subit une transformation et la question se pose de savoir : quelle est la condition de ces biens acquis de deniers dotaux ou reçus en paiement de la dot ?

La question ainsi posée ne présente aucune difficulté lorsque les époux, étant mariés sous le régime de la communauté, il a été stipulé dans le contrat que les deniers constitués en dot doivent rester propres ; dans ce cas, les biens acquis en emploi des biens dotaux ou reçus en paiement de la dot sont *des propres*, pourvu toutefois que les conditions prescrites par la loi (art. 1435 C. civ., double déclaration d'origine des deniers et d'emploi de ces deniers, et acceptation de la femme dans le contrat d'acquisition) aient été remplies. — Il y a, comme l'on dit, *subrogation réelle* d'un propre à un propre absolument comme au cas de remploi, et c'est ce qui résulte d'ailleurs formellement, en ce qui concerne l'immeuble reçu en paiement, de l'article 1406 du Code civil.

Au contraire, il en est tout autrement sous le régime

dotal, parce qu'à la différence du régime de la communauté, on distingue dans le patrimoine propre de la femme deux catégories de biens d'un caractère absolument dissimilable : les biens *dotaux* et les biens *paraphernaux*.

Les biens dotaux comprennent tous les biens que la femme s'est spécialement constitués en dot ou qui lui ont été donnés par contrat de mariage, sauf stipulation contraire (art. 1541 C. civ.). Le mari en a l'administration et la jouissance. Si ce sont des immeubles, en principe ils ne peuvent être aliénés ou hypothéqués ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement ; ils ne peuvent être saisis pour les obligations contractées par la femme pendant le mariage (art. 1554 C. civ.). Si ce sont des meubles, corporels ou incorporels, nous avons vu qu'une jurisprudence très ferme décide qu'ils sont également inaliénables, au moins en ce sens que la dot mobilière ne peut se trouver compromise par aucun acte de la femme.

Les biens *paraphernaux*, eux, sont de libre disposition entre les mains de la femme, elle en a l'administration et la jouissance (art. 1576 C. civ.) ; elle peut les vendre avec l'autorisation de son mari ; certains prétendent même qu'elle peut aliéner ses meubles paraphernaux sans l'autorisation dans les limites de son administration (1) ; ils répondent de ses obligations contractées pendant le mariage.

Il est donc très intéressant et fort important au point de vue pratique, de savoir dans quelle catégorie nous

(1) Eyquem, *Le régime dotal*, p. 323. — V. Poitiers, 3 février 1858 S. 58.2.620 ; Paris, 12 mai 1859, S. 59.2.561 ; Cass., 30 décembre 1862, S. 63.1.257 ; Douai, 10 décembre 1872, S. 73.2.139.

ferons rentrer les biens acquis en emploi de deniers dotaux ou reçus en paiement de la dot.

Sont-ils dotaux ou paraphernaux ? C'est là la difficulté à trancher.

L'article 1553 du Code civil paraît donner à cette question, pour les deux hypothèses que nous venons d'examiner, une solution très nette.

1^{er} CAS. — L'immeuble acquis de deniers dotaux, dit-il, n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a pas été stipulée dans le contrat de mariage.

2^e CAS. — Il en est de même, d'après l'alinéa *in fine* de cet article, de l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent.

De ce texte (dont on s'accorde à étendre la disposition aux meubles acquis en emploi ou reçus en paiement) (1) il résulte que les biens acquis en emploi de deniers dotaux ou reçus en paiement de la dot *ne sont dotaux* que si une telle transformation a été prévue dans le contrat de mariage.

Ici, à la différence de ce qui existe sous le régime de la communauté, le Code n'admet l'idée de subrogation réelle d'un bien à un autre que si elle a été prévue par le contrat de mariage.

Et il ne faut voir là d'ailleurs que l'application d'un principe plus général posé par l'article 1543 du Code civil : « La dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage », c'est-à-dire, comme on le décide, qu'elle ne peut être transformée pendant le mariage (2).

(1) Rouen, 18 novembre 1846, S. 47.2.423 ; Cass., 17 mai 1881, S. 82.1.293, D. 82.1.110 ; Cass., 27 février 1883, S. 84.1.185 en confirmation de Rennes, 4 mars 1880, S. 81.1.265.

(2) En donnant au mot « transformée » le sens de « dénaturée »,

Cette différence de solution dans les deux régimes était déjà signalée par les anciens auteurs (1) : « En comparant l'emploi de la dot au emploi des propres, dit Denisart, il faut observer que le emploi des propres est un devoir imposé de plein droit au mari, tandis que l'emploi de la dot n'est pour lui une obligation que quand il y en a une clause expresse dans la constitution de dot. Sans cette clause, les acquisitions que le mari ferait avec les deniers dotaux, ne pourraient prendre la qualité de bien dotal, même quand il y aurait déclaration d'emploi et consentement de la femme, car rien pendant le mariage ne peut changer la nature de la dot, et de mobilière qu'elle a été constituée, la rendre immobilière, ni réciproquement. »

Mais à quoi tient donc cette différence de solution ?

Est-ce une application pure et simple du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales prescrit par l'article 1395 du Code civil ? On est tenté, en effet, d'y rattacher l'article 1543 du Code civil et son corollaire l'article 1553.

Sous le régime de la communauté, si l'un des époux modifie la composition du patrimoine propre, transforme ses meubles en immeubles, ses immeubles en meubles, il ne porte aucune atteinte à ce principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales : propres mobiliers et propres immobiliers sont en effet également laissés par le contrat de mariage à la libre disposition de leur propriétaire.

Sous le régime dotal, au contraire, on doit distinguer, comme nous l'avons fait, la dot mobilière et la dot immo-

(1) Roussilhe, *De la dot*, t. I, n° 184, p. 218, et Denisart, *V° Dot*, § XI, n° 3.

bilière dont le caractère d'inaliénabilité est différent.

Des deniers dotaux, le mari a la jouissance, le quasi-usufruit, la propriété. La femme en est seulement créancière.

Des immeubles dotaux, le mari n'a que l'usufruit. La femme en est et reste toujours propriétaire.

Si l'immeuble acheté au moyen des deniers dotaux ou reçu en paiement de la dot avec le consentement de la femme devenait dotal, il serait du même coup frappé d'une inaliénabilité dont le mari, même avec le concours de sa femme, et sauf les exceptions réglées par la loi, ne pourrait plus s'affranchir. Ainsi, par un simple accord des volontés, le mari qui avait le droit par le contrat de mariage de disposer d'une fraction importante du patrimoine de sa femme, pourra renoncer à des droits qu'il ne pourra plus recouvrer. Est-ce admissible ? Non. La dotalité a des effets si différents suivant qu'elle porte sur de simples deniers ou sur un immeuble, que subroger aux deniers constitués en dot l'immeuble qu'ils ont servi à acquérir ou qui est donné en leur lieu et place, c'est troubler profondément l'économie du contrat de mariage, heurter violemment le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La subrogation qui résulte de l'emploi entraîne des conséquences trop graves, trop irréparables pour qu'elle puisse s'opérer sans une clause expresse du contrat de mariage.

Ce raisonnement, bien que très logique, ne suffit pas à expliquer la différence qui existe entre les deux régimes : il commet d'ailleurs une erreur, car il confond *l'exécution* de la convention matrimoniale avec le *changement* ou *l'altération* qui y est apportée, deux choses dont l'effet est différent et que la jurisprudence et la doctrine s'appli-

quent à distinguer quand elles interprètent l'article 1395 du Code civil ; — tandis que cet article prohibe tout changement qui *altère* ou *modifie* la convention matrimoniale primitive, il permet au contraire celui qui modifie simplement *l'exécution* primitivement prévue au contrat de mariage.

Or, lorsqu'on substitue un immeuble aux deniers propres constitués en dot on apporte un changement à l'exécution de la convention, mais on ne l'altère en rien, et c'est ce qui fait que sous le régime de la communauté l'article 1406 du Code civil déclare valable un tel changement.

Pourquoi donc sous le régime dotal l'article 1543 du Code civil prohibe-t-il toute transformation de la dot pendant le mariage et pourquoi, en particulier, l'article 1553 du Code civil décide-t-il que les biens acquis en emploi de deniers dotaux ne sont pas dotaux, lorsque cette transformation n'a pas été prévue au contrat ?

La raison en est inhérente au régime dotal : la loi voit dans cette transformation une aggravation de la dotalité qui pourrait être préjudiciable aux tiers entrant en relation d'affaires avec les époux mariés sous le régime dotal ; surtout à l'époque où le Code civil a été rédigé, où l'on considérait que la *dot immobilière* seule était inaliénable, on comprend que l'on ait prohibé toute transformation qui pouvait avoir pour conséquence la substitution d'un bien inaliénable et insaisissable à des valeurs de libre disposition, substitution que les tiers en voyant le contrat de mariage n'auraient pu prévoir.

C'est pourquoi l'article 1553 du Code civil déclare que les biens acquis en emploi de deniers dotaux ou reçus en paiement de la dot, en dehors des prévisions du contrat

de mariage, ne sont pas dotaux. Ils ne sont frappés de dotalité que si cette transformation a été permise par le contrat et cela se comprend puisque cette transformation sera faite alors en *exécution* du contrat de mariage et qu'elle pourra être connue des tiers qui traiteront avec les époux, car elle leur sera révélée d'une part par le contrat de mariage et, d'autre part, par une clause analogue qui, selon les règles du emploi (art. 1435 C. civ.), figurera dans l'acte d'acquisition.

Ainsi nous arrivons à cette conclusion :

Si les biens acquis des deniers dotaux l'ont été en vertu d'une clause d'emploi contenue dans le contrat de mariage, ils *seront dotaux*.

Si au contraire, l'acquisition n'a pas été prévue au contrat, ces biens ne devront être que *paraphernaux*, semble-t-il logique de dire, puisque nous avons vu que sous le régime dotal, le patrimoine de la femme se composait de deux catégories de biens : les biens dotaux et les biens paraphernaux.

Mais si nous admettons cette conclusion, nous allons nous trouver aux prises avec le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Et en effet, si le bien que la femme, autorisée de son mari, acquiert avec des deniers dotaux ou reçoit en paiement de sa dot est *paraphernal*, et il doit l'être, puisqu'aux termes de l'article 1553 du Code civil, il ne peut *être dotal* et qu'il fait nécessairement partie de l'une des deux catégories de biens qu'on vient de distinguer ; elle en aura l'administration et la jouissance, elle pourra en disposer librement, l'hypothéquer et l'aliéner sous la seule autorisation de son mari ; — et cependant, ce bien a été acquis des deniers dotaux de la femme au préjudice

de sa créance en restitution de sa dot qui se trouve ainsi amoindrie. A son égard, cette créance était inaliénable, et il se produit ce fait étrange, anormal, qu'une partie de la dot mobilière est convertie en bien paraphernal et qu'un bien stipulé (tacitement si l'on veut) inaliénable au regard de la femme pendant la durée du mariage, devient aliénable par suite d'une transformation dans sa nature.

Cet état de choses ne pouvait être accepté par la jurisprudence sans se mettre en opposition flagrante avec elle-même. Aussi depuis plus d'un demi-siècle a-t-elle repoussé cette interprétation (1). Par une extension logique du principe qu'elle avait fait prévaloir, la jurisprudence a décidé que, dans certaines hypothèses dont nous ferons l'examen plus loin, les biens acquis en emploi de deniers dotaux ou reçus en paiement de la dot, sans clause expresse d'emploi dans le contrat de mariage, ne sont pas des droits paraphernaux ; — ce ne sont pas non plus des droits dotaux, ce sont des biens représentant la dot mobilière et ayant, à cause de cela, une condition juridique qui ne sera ni celle d'un bien dotal ni celle d'un paraphernal mais qui empruntera de l'un et de l'autre.

Et c'est cette théorie que la jurisprudence a été amenée, pour sauvegarder la démarcation existant entre les biens dotaux et les biens paraphernaux, à construire de toutes pièces et que les auteurs désignent sous les noms les plus divers : théorie de la dotalité renfermée (2) ou

(1) Cour de Montpellier, 18 février 1853, S. 53.2.673, D. 54.2.205.

(2) Escavy, *De quelques extensions récentes apportées par la jurisprudence à l'inaliénabilité de la dot mobilière*, p. 66.

de la dot incluse (1), de la quasi-dotalité (2), ou de la représentation des valeurs dotales par un paraphernal (3).

Elle n'est donc que le développement, le complément et la conséquence de la théorie jurisprudentielle sur l'inaliénabilité de la dot mobilière. Si la transformation de la dot avait suffi en effet à la faire échapper à la protection dont le système de la jurisprudence l'entourait, ce système n'eût pas rempli le but qu'il désirait atteindre, il eût été inefficace, car les deniers dotaux dans cette transformation fussent devenus de libre disposition aux mains de la femme et du mari. Il fallait parvenir à fermer les ouvertures par où les biens dotaux pouvaient disparaître et se perdre : l'inaliénabilité de la dot mobilière devait donc survivre à la transformation de cette dot. Décider que la transformation des biens dotaux en un immeuble eût fait un paraphernal, c'eût été compromettre la sécurité que l'inaliénabilité de la dot mobilière doit donner à la femme et à la famille.

Par la théorie de la dotalité renfermée, la jurisprudence a complété et fortifié son œuvre de protection de la dot mobilière, et elle a cherché à se mettre en harmonie avec le mouvement des mœurs qui s'accusait chaque jour davantage et que nous avons signalé dans notre introduction.

Mais s'il est facile de comprendre l'idée qui a présidé à la création de cette théorie, il est peut être plus difficile

(1) Vigie, *Rev. crit. de législation*, 1897, Paul Rousset, *De l'inclusion de la dot*.

(2) Stora, *De la subrogation réelle*.

(3) Regnault, *Etude critique de la jurisprudence relative à la représentation des valeurs dotales par des paraphernaux*.

de donner une explication juridique de cette thèse et d'y appliquer les textes et les préceptes du Code civil.

Toutefois avant d'entrer dans l'examen critique de ce système, il nous le faut étudier dans son organisation, et pour cela nous devons :

1° Déterminer l'étendue de son domaine d'application en précisant les cas où il y a place à la dotalité renfermée et les faits qui la réalisent ;

2° Rechercher quelle est la condition juridique du bien qui représente la valeur dotale mobilière.

Cette étude faite, nous pourrons en connaissance de cause apprécier la théorie.

[CHAPITRE DEUXIÈME

ÉTUDE DE LA THÉORIE DE LA DOTALITÉ RENFERMÉE DANS SON ORGANISATION.

SECTION I. — Des faits qui réalisent la dotalité renfermée.

La question de la représentation d'une valeur dotale mobilière dans les paraphernaux se pose, nous venons de le voir, dans le cas où la dot mobilière subit une transformation au cours du mariage : il importe toutefois de bien préciser l'étendue du domaine d'application de cette théorie, et à cet effet il nous faut voir par quels faits se réalise cette incorporation à la suite de laquelle les deniers dotaux vont devenir captifs ou pour mieux dire, être mis à l'abri.

Commençons d'abord par éliminer les cas dans lesquels notre théorie ne s'applique pas et, étant ainsi limité dans nos recherches, il nous sera plus facile de déterminer notre champ d'application.

§ 1^{er}. — Cas dans lesquels la théorie de la dotalité renfermée ne s'applique pas.

I. — Clause d'emploi dans le contrat de mariage.

Si le contrat de mariage oblige le mari à faire emploi des deniers dotaux, l'immeuble acquis au nom de la femme devient dotal, puisque l'article 1553 du Code civil le prescrit.

II. — L'acquisition est faite par le mari seul et en son nom, ou au nom de la femme sans ratification de la part de cette dernière.

La théorie de la dotalité renfermée est également étrangère à cette hypothèse.

Le mari a, ainsi que nous l'avons fait remarquer dans la première partie de notre présent travail, la libre disposition de la dot mobilière de sa femme : il peut en faire l'emploi que bon lui semble. Il est seulement obligé de restituer un an après la dissolution du mariage une somme égale à celle qui lui a été remise à titre de dot (art. 1565 C. civ.). Il est donc de toute évidence que si le mari achète un immeuble ou un meuble au moyen des deniers dotaux, il en devient *propriétaire*. La situation dotale de la femme n'est pas changée : elle demeure créancière de la restitution de sa dot. Elle acquiert seulement, au cas d'emploi en immeuble, une garantie de plus contre l'insolvabilité de son mari, car son hypothèque légale va s'étendre au nouvel immeuble marital (1).

Il en serait ainsi alors même que le mari aurait fait l'acquisition au nom de sa femme, sans mandat de celle-ci, à moins qu'elle ne ratifie l'acte de son mari. En vain, la double déclaration prescrite par l'article 1434 du Code civil, pour l'accomplissement d'un remploi régulier aurait-elle été insérée dans l'acte d'acquisition : si la femme ne ratifie pas cet achat par son acceptation l'immeuble restera propre au mari (Argt. art. 1435 C. civ.).

La solution serait la même au cas où le mari aurait accepté du constituant de la dot mobilière un immeuble en paiement des deniers dotaux.

(1) Aix, 15 mars 1893, D. 97 1.249.

Remarquons que ce cas ne pourra se présenter si la femme a obtenu sa séparation de biens : elle recouvre en effet l'administration et la jouissance de sa dot.

III. — L'acquisition est faite avec des deniers autres que des deniers dotaux ou provenant d'une créance dotale.

Dans ce cas encore, la question de dotalité renfermée ne peut se poser, car il ne rentre plus dans le domaine d'application de l'article 1553 du Code civil : la preuve du fait que l'acquisition a eu lieu au moyen de deniers dotaux ou du capital d'une créance dotale incombe à la femme qui veut se prévaloir du bénéfice de la dotalité renfermée (1).

Tels sont les cas dans lesquels la jurisprudence n'applique pas sa théorie.

§ 2. — **Faits proprement dits qui conduisent à la dotalité renfermée.**

I. — De l'acquisition d'un immeuble avec des deniers dotaux.

Au cours du mariage, et avant la séparation de biens, la femme autorisée de son mari achète un immeuble au moyen des deniers dotaux, ou bien le mari fait l'acquisition au nom de sa femme, ou bien la femme ratifie l'acquisition faite en son nom et sans mandat par son mari ; ou bien enfin les époux ont accompli conformément aux articles 1434 et 1435 du Code civil les formalités de l'emploi régulier.

Ce cas trouve-t-il place dans notre théorie ?

(1) Grenoble, 29 décembre 1875, D. 76.1.444.

La jurisprudence est affirmative sur ce point (1).

Cependant une opinion contraire s'est fait jour vers le milieu du siècle et n'est pas encore abandonnée : elle soutient que l'immeuble acquis des deniers dotaux devient la propriété non pas de la femme, mais du mari. Nous ne pouvons mieux faire pour l'exposer que de rapporter les termes mêmes dont s'est servi un de ses défenseurs les plus autorisés. « L'article 1553, dit M. Rodière (2), n'est qu'une conséquence rigoureuse des principes généraux du régime dotal, quand le mari jouit de la dot. Il est impossible alors que l'immeuble acquis avec des deniers dotaux dont l'emploi n'avait pas été stipulé devienne dotal par la raison toute simple qu'il est impossible que la femme en soit alors propriétaire. Lorsque l'article 1553 dit que l'immeuble n'est pas dotal, il veut dire qu'il reste forcément la propriété du mari. Si le mari en effet, a figuré seul dans l'acte d'acquisition, il est évident que la dot n'a pu être changée contre la volonté de la femme qui n'a pu acquérir l'immeuble contre son gré. Si la femme a concouru à l'acte, ce résultat est le même parce qu'il ne dépend pas de la femme de changer le caractère de sa dot par le seul fait de sa volonté. Il ne peut faire passer l'immeuble sur la tête de sa femme qu'en lui rendant sa dot, ce qui ne lui est pas permis tant qu'une séparation judiciaire n'est pas intervenue. »

On retrouve cette opinion dans les motifs subsidiaires invoqués par un jugement de la Cour de Montpellier du 23 décembre 1864 (3). Il s'agissait d'une acquisition au nom de la femme d'actions de la Banque de France au

(1) Grenoble, 23 juin 1862, S. 63.2.10.

(2) En note sous S. 70.1.186, col. 1 et 2.

(3) D. 66.1.503.

moyen de la dot. Le tribunal estime « que ce serait un changement radical du contrat de mariage et des conventions édictées par le père de famille qui a constitué la dot et qui a voulu que sa fille eût toujours à la dissolution du mariage une somme de 100.000 francs. »

Si donc, d'après cette opinion, l'article 1553 du Code civil dispose que l'immeuble acquis des deniers dotaux ne devient pas dotal, c'est parce qu'il est impossible que la propriété de cet immeuble se fixe sur la tête de la femme : la dot, en effet, ne peut être restituée à l'épouse au cours du mariage tant qu'elle n'a pas obtenu la séparation de biens ; or, rendre la femme propriétaire de l'immeuble acheté des deniers dotaux, ne serait-ce pas restituer prématurément la dot à la femme, priver le mari des deniers dotaux et blesser le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

La jurisprudence avec la majorité des auteurs (1) réfute cette opinion, en disant que l'article 1553 du Code civil tranche une question de dotalité et non de propriété. S'il ne frappe pas de dotalité l'immeuble acquis des deniers dotaux, ce n'est point parce que la femme ne saurait être propriétaire de cet immeuble, c'est pour respecter les conventions matrimoniales et ne point aggraver la dotalité établie par le contrat de mariage. Quant à la question de propriété, elle trouve sa solution dans les

(1) Troplong, IV, n° 3196 ; Tessier, *De la dot*, n° XLVIII, lettre C, p. 223 ; Labbé, note S. 88.1.145 ; Laurent, XXIII, n° 487 ; Aubry et Rau, V, § 544, p. 638, texte et notes ; Colmet de santerre, VI, n° 225 *bis*, V ; Guillouard, IV, n° 1741, I ; Jouitou, *Régime dotal*, I, n° 88 ; Baudry-Lacantinerie, III, n° 368 ; Auzouy, *De la transformation de la dot sous le régime dotal*, thèse Paris, 1886, n° XXIII, p. 109 ; cass., 1^{er} décembre 1886, S. 88.1.145 ; Cass., 13 janvier 1897, D. 97.1.273 ; Stora, *Subrogat. réelle*, p. 281.

principes généraux : l'article 1594 du Code civil, au titre « De la Vente », confirmant le principe que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception, dispose que « tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ». Aucun texte n'interdit à la femme d'acheter un immeuble, même lorsqu'elle n'a pas de paraphernaux et celui qui lui avance les fonds nécessaires ne devient évidemment pas propriétaire à sa place. Lors donc que le mari autorise sa femme à acheter un immeuble avec les deniers dotaux, la propriété de cet immeuble se fixe sur la tête de la femme et non sur celle du mari.

On ne peut non plus invoquer la *présomption mucienne*, en supposant même qu'elle subsiste sous l'empire du Code civil, contre le droit de propriété de la femme : cette présomption en effet règle seulement la question d'indemnité à payer au mari et non pas celle de propriété (1).

Enfin aux objections de MM. Regnault et Planiol (2) qui prétendent que la femme ne peut acquérir la propriété de cet immeuble, parce qu'aux termes de l'article 1395 du Code civil il est interdit d'apporter pendant le mariage des modifications aux conventions matrimoniales et que c'est le faire que d'autoriser cette restitution anticipée de la dot, il est possible de répondre que le mari ne restitue pas la dot puisque, comme nous aurons occasion de le voir, il conserve le droit d'aliéner l'immeuble qui renferme

(1) Il est toutefois bien entendu que si la femme n'avait été en réalité que le prête-nom du mari qui cherche à éviter les poursuites de ses créanciers, ces derniers pourraient rétablir la vérité en justice et faire tomber les apparences : l'article 559 du Code de commerce, au cas de faillite du mari, renverse même la preuve en faveur des créanciers : Cass., 22 janvier 1877, S. 77.1.148.

(2) En note dans D. p. 96.1.314, col. 1.

les deniers dotaux et il n'est porté aucune atteinte à ses droits sur la dot mobilière de sa femme : il ne fait que placer cette dot dans un bien qu'« il constitue pour ainsi dire dépositaire des deniers dotaux » (1). Et M. Escary dit qu'« il ne faut voir dans l'emploi que nous étudions, qu'un simple acte d'administration que les époux ont voulu faire, le mari ne restitue point la dot à sa femme, il met simplement cette dot de concert avec elle dans un immeuble » (2).

De ces discussions, il reste acquis que cet immeuble est bien la propriété de la femme et comme il ne peut être dotal (Arg. art. 1553, C. civ.) il rentre nécessairement dans la sphère d'application de la théorie jurisprudentielle de la représentation des valeurs dotales mobilières dans un paraphernal.

II. — Acquisition par la femme d'un immeuble de son mari.

Il s'agit de l'acquisition que la femme dotale peut faire au cas de saisie d'un immeuble de son mari.

Voici le cas :

Un créancier du mari après lui avoir fait commandement de payer a saisi un des immeubles de celui-ci ; les formalités de procédure ont été remplies et le tribunal procède à la mise aux enchères. De deux choses l'une : l'adjudication a lieu au profit d'un tiers ou elle est prononcée au profit de la femme.

1° *L'adjudication a lieu au profit d'un tiers.* — A l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, la femme en vertu de son hypothèque légale se fait colloquer à concurrence

(1) M. Lambert, en note dans *Pand. fr.*, 96.2.322, col. 4.

(2) Escary, *loc. cit.*, p. 79.

du montant de sa créance. En qualité de femme dotale et à raison de l'inaliénabilité de sa dot mobilière, elle n'aura pas à redouter de la part de ses créanciers une demande en sous-collocation. Si sa créance est échue, le bordereau sera payé immédiatement : tel sera le cas de la séparation de biens. Mais, au contraire, lorsque aucun événement n'aura modifié le régime dotal tel qu'il a été stipulé au contrat et que la créance est à terme, il n'en est plus de même. L'article 1188 du Code civil qui décide que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, « lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier », ne s'applique pas ici. D'un côté, le terme est établi en faveur de la femme créancière qui ne peut pas plus y renoncer qu'à toute autre garantie et ne saurait recevoir un remboursement anticipé : ce serait d'ailleurs contraire au principe établi par l'article 1395 du Code civil. D'autre part, bien qu'il soit administrateur de la dot et que l'article 1549 du Code civil lui donne le droit de poursuivre les débiteurs, le mari n'a pas le droit de toucher le bordereau de collocation. Ce serait contraire à la logique, en effet, que de verser le montant de la dot entre les mains du mari, alors que son crédit est déjà fortement entamé comme le prouvent les poursuites : il est bien clair qu'il va dépenser les sommes qui lui seront versées, ne serait-ce qu'à payer les créanciers primés dans l'ordre par la femme, et cette dernière ne trouvera plus rien à saisir lors de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage. Eh bien donc, jusqu'à cette époque, la dot restera entre les mains de l'adjudicataire, à moins qu'il ne préfère la consigner. Toutefois, comme la protection de la femme dotale ne doit pas enlever au mari la jouissance

de la dot, l'adjudicataire devra lui servir les intérêts de la créance. Ajoutons cette remarque importante que la vente de l'immeuble par l'adjudicataire ou la saisie par ses créanciers ne portent aucune atteinte au droit de la femme, si elle a pris soin d'inscrire son hypothèque.

2° *La femme dotale s'est portée adjudicataire.* — Elle a ce droit, sa qualité d'épouse qui, aux termes de l'article 1595 du Code civil la rend incapable d'acquérir à l'amiable de son mari, par crainte de donation déguisée ou de fraude aux droits des créanciers, ne met pas obstacle à l'adjudication sur vente forcée accomplie et prononcée au profit de la femme par le tribunal.

La femme dotale sera bel et bien adjudicataire, ce qui ne l'empêchera pas, certes, de produire à l'ordre. La créance dotale est-elle inférieure au prix d'adjudication, elle paiera le surplus aux créanciers colloqués après elle (le plus souvent elle le fera de ses deniers paraphernaux, car dans cette hypothèse, elle n'a vraisemblablement pas de deniers provenant de sa dot, puisque le mari aurait pu les employer à désintéresser ses créanciers), mais si elle payait de deniers dotaux, il y aurait là un cas de dotalité renfermée.

Quant au montant de sa créance dotale, il s'impute sur le prix d'adjudication et l'immeuble acquis va ainsi se trouver grevé de la dot entre les mains de la femme : c'est un paraphernal qui garantit la créance dotale de la femme, et nous trouvons encore un cas de dotalité renfermée.

III. — Des meubles acquis de deniers dotaux.

L'hypothèse ne diffère pas du premier cas que nous avons étudié : « De l'acquisition d'un immeuble avec des deniers dotaux. »

L'article 1553 du Code civil, bien qu'il ne prévoie expressément que l'acquisition d'un immeuble au moyen de deniers dotaux, n'en doit pas moins trouver son application, lorsque les deniers dotaux ont servi à acquérir un meuble.

Le sort des meubles ainsi acquis au nom de la femme soulève les mêmes controverses que lorsqu'il s'agit d'un immeuble acquis de deniers dotaux (1).

La jurisprudence décide que les meubles acquis par la femme sont sa propriété, qu'ils sont paraphernaux, mais qu'ils renferment la dot en argent (2). Un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} août 1900 (3) décide « que la valeur des meubles litigieux n'en représente pas moins une partie de la dot », et la Chambre des requêtes avait statué dans le même sens le 17 mai 1881 à propos de meubles meublants.

Mais, dira-t-on, cette dotalité imparfaite ne sera-t-elle pas la même que celle qui atteindra ces meubles au cas où leur acquisition aura été faite en vertu d'une clause d'emploi du contrat de mariage : aux termes de l'article 1553 du Code civil ces meubles seront dotaux, mais leur dotalité empruntera à la dot mobilière tous ses caractères, elle sera donc aliénable au regard du mari et inaliénable au regard de la femme.

Ensera-t-il de même des meubles acquis de deniers dotaux, sans clause d'emploi ? Non, la dotalité qui affecte ces biens n'est pas la même. Les meubles acquis en vertu

(1) M. Guillouard, *op. cit.*, t. IV, n° 1740 ; Cass. 17 mai 1881, S. 82.1.293, D. 82.1.110.

(2) Rennes, 4 mars 1880, S. 81.2.265 ; Cass., 27 février 1883, S. 84.1.185.

(3) S. 1901.1.5.

d'une condition d'emploi revêtent une dotalité aussi complète que celle dont sont susceptibles des corps certains mobiliers. Absolument inaliénables à l'égard de la femme, ses créanciers n'ont sur eux aucun droit, même si leur valeur vient à excéder le montant des deniers qui ont servi à leur acquisition, car leur dotalité s'élargit en même temps que leur valeur s'accroît, de même qu'elle se rétrécit à mesure que leur valeur décroît. Ils sont, en un mot, aux risques de la femme dotale.

Au contraire, la dotalité que la jurisprudence concède aux meubles acquis de deniers dotaux en dehors des prévisions du contrat de mariage ne peut exister qu'à concurrence du montant de ces deniers. Ces meubles augmentent-ils de valeur, leur plus-value loin d'être dotale est paraphernale. A l'inverse, ces meubles perdent-ils de leur valeur, ils ne suffiront plus à représenter la totalité des deniers dotaux et une créance dotale naîtra au profit de la femme contre son mari à raison de cette diminution. Les risques de la dot demeurent dans ce cas à la charge du mari (1).

IV. — *Dation en paiement.*

La dation en paiement n'est qu'« une variété de la vente » dit M. Regnault (2). Il n'y aura qu'à appliquer à la dation en paiement la règle admise dans le cas d'acquisition au nom de la femme d'un immeuble ou d'un meuble au moyen de deniers dotaux.

Mais il est utile d'envisager les diverses hypothèses de dation en paiement.

(1) Stora, *loc. cit.*, p. 291 et sniv.

(2) M. Regnault, *op. cit.*, p. 134.

Une distinction capitale s'impose entre le cas où la dation en paiement est faite par le mari à la femme, et l'hypothèse où la dation en paiement est effectuée par un tiers. C'est seulement dans la première de ces situations qu'il pourrait être question de la restitution de la dot.

On ne peut admettre la validité de la vente consentie par le mari à la femme, avant la séparation de biens, pour lui tenir lieu d'emploi de ses deniers dotaux, alors bien entendu que le contrat de mariage n'a stipulé aucune clause d'emploi. En effet, cette vente a le caractère bien prononcé d'une restitution de la dot et par suite de ce fait elle est doublement impossible, puisqu'il s'agit d'une dette qui non seulement n'est pas exigible, ainsi que le reconnaît la Cour de cassation (1), mais n'est pas même susceptible d'un paiement actuel (2).

Il n'en est plus de même, lorsque le mari fait à la femme une dation en paiement, après la séparation de biens ; la validité de l'opération ne fait pas de doute, parce qu'il y a lieu à restitution de la dot, et ainsi que nous le dirons plus loin, la théorie de la dotalité renfermée pourra trouver place dans ce cas.

Tout différent de ces deux hypothèses est le cas de dation en paiement par un tiers.

Il ne peut plus s'agir de la restitution de la dot ; bien au contraire, la créance éteinte par la dation en paiement sera le plus souvent la créance de la femme contre le constituant qui veut se libérer. Avant de parler de restitution, il faudrait qu'il y ait eu paiement ; le constituant n'a pas payé la dot, faute de fonds disponibles, mais pos-

(1) Cass., 15 juin 1881, S. 83.1.473.

(2) V. M. Bufnoir, en note sous le précédent arrêt.

sédant un immeuble il propose aux époux une dation en paiement. Pour qu'il puisse s'agir de dotalité renfermée, il faut d'abord que cet immeuble devienne la propriété de la femme par l'effet de cette opération, et bien entendu cela dépendra des termes dans lesquels elle est effectuée. La dation peut être faite au mari en son propre nom, et alors il est aussi bien propriétaire que quand il acquiert à son compte avec les deniers dotaux. La femme devient créancière de la dot et le nouvel immeuble est normalement affecté à sa garantie. Mais, d'après la jurisprudence, nous serons en présence d'un nouveau cas de dotalité renfermée, si la femme, autorisée de son mari, consent à recevoir en paiement un immeuble du constituant.

On a soutenu, comme dans les cas précédents et pour les mêmes raisons, que la femme ne pouvait devenir propriétaire de cet immeuble donné en paiement de ses deniers dotaux. Les motifs qui nous ont servi précédemment à écarter cette opinion ont, dans l'hypothèse qui nous préoccupe, la même valeur, car c'est comme si le mari avait reçu les deniers dotaux, puis les avait remis à sa femme pour réaliser son acquisition.

Mais du fait admis que la femme reste propriétaire de cet immeuble, s'ensuit-il qu'il y ait inclusion de la dot ? En effet, si cet immeuble avait été donné en paiement directement et personnellement au mari, il aurait été de suite atteint par l'hypothèque légale de la femme qui eût vu ainsi ses garanties de restitution de sa dot augmenter. Or ne peut-on pas objecter que par son acceptation, la femme a renoncé à ce surcroît de garantie et que cette renonciation lui est interdite ?

Oui, mais comme d'autre part, on ne peut pas imposer

ser au mari la restitution d'une dot qu'il n'a pas touchée, il faut bien se contenter pour la femme de la protection de la dotalité renfermée (1).

La jurisprudence a fait l'application de son système notamment au cas de partage d'ascendants.

Deux conjoints avaient fait donation de tous leurs biens à leurs quatre enfants en mentionnant « qu'au moyen de cette démission de biens, les donateurs n'auront plus rien à payer à leurs filles ou gendres, sur ce qu'ils restaient devoir pour les donations en avancement d'hoirie faite à ces dernières dans leur contrat de mariage ». Parmi elles se trouvait une femme dotale; la Cour de Grenoble décida que les immeubles attribués à cette femme « ont renfermé ou représenté une valeur dotale à concurrence de la somme qui restait due sur la dot » (2).

L'une des conditions pour qu'il y ait inclusion de la dot, en cas de dation en paiement, est que la créance éteinte soit une créance dotale, et cette question de dotalité peut être délicate, si la créance n'a pas été directement constituée en dot.

Ce point a été jugé par la Cour d'Aix (3) dans une espèce intéressante :

Une femme dotale s'était vu attribuer des dommages-intérêts payables par son notaire à raison de certains actes qui avaient entraîné la perte de sa dot. Frappée d'une saisie-arrêt sur cette créance, la femme y fit opposition, en alléguant la dotalité de la créance, ou tout au

(1) Du reste la dation en paiement serait nulle, faute de cause, si elle n'éteignait pas la créance contre le constituant.

(2) S. 68.2.207. — Voir trib. St-Affrique, 11 mars 1896, *Mon. jud. du Midi*, 3 mai 1896.

(3) Cass., 5 janvier 1891, S. 91.1.102.

moins la représentation par elle des valeurs dotales perdues. La Cour accorda à la femme le bénéfice de ses conclusions par un arrêt qui laissait le champ libre aux deux thèses de la dotalité et de la quasi-dotalité ou dotalité renfermée. Les créanciers saisissants s'attaquèrent seulement à la thèse de la dotalité. Aussi bien est-elle la seule qui ait reçu l'approbation de la Chambre des requêtes. « La subrogation réelle, dit M. Massigli (1), s'opère naturellement entre objets qui se remplacent comme éléments d'une même universalité juridique... Les deniers alloués à la femme devaient être la réparation de la perte subie, ils devaient remplacer pour elle une somme perdue dans un mauvais placement, l'origine et la nature de la créance en faisaient donc une représentation de la dot plus certaine et plus saisissable qu'on aurait pu la trouver en aucune autre valeur. »

La créance en indemnité était donc dotale et si un bien avait été donné en paiement par le notaire, c'eût été un paraphernal renfermant des valeurs dotales.

V. — *De la dévolution héréditaire.*

C'est principalement en matière successorale que s'applique la théorie de la dotalité renfermée.

Le constituant meurt sans avoir payé la somme d'argent qu'il avait promise en dot et la femme non séparée de biens venant à sa succession fait le rapport de la créance dotale et reçoit par le partage un immeuble à la place de sa dot mobilière ; ou bien encore cette femme venant à la succession du constituant en qualité d'héritière ou de légataire universelle ne recueille que des im-

(1) *Rev. crit.*, 1892, p. 649.

meubles. Ces biens échus à la femme seront-ils soumis à la théorie de la dotalité renfermée ?

C'est seulement en 1855, dans un arrêt de la Cour de Toulouse du 2 mai (1) qu'on voit la jurisprudence appelée à se prononcer sur cette hypothèse.

La doctrine avait devancé sur ce point la jurisprudence et dès 1835, Tessier (2) à qui précisément le jugement de Toulouse se réfère, écrivait en parlant « des immeubles recueillis par la femme dotale dans la succession de son père ou dans le partage de ladite succession », que « si les immeubles dont il s'agit sont susceptibles d'être aliénés comme extra-dotaux, l'inaliénabilité ne cessera pas d'exister à l'égard de la dot en deniers qui y repose ».

Une grave objection a cependant été soulevée contre l'inclusion de la dot dans les paraphernaux par le fait d'une dévolution héréditaire.

Quelques auteurs (1) enseignent, en effet, que l'acquisition d'immeubles héréditaires par la femme, héritière du constituant de la dot non payée, ne modifie pas la situation des conjoints relativement à la dot. Celle-ci consiste toujours dans la somme d'argent qui a été constituée en dot. Or, c'est au mari et à lui seul qu'il appartient de réclamer la dot, la femme n'a pas ce droit, tout au moins avant la séparation de biens. Tant que le constituant vit, le mari a action contre lui pour l'exécution de sa promesse ; vient-il à mourir, la personnalité juridi-

(1) S. 58.1.257, D. 58.1.71.

(2) Tessier, *op. cit.*, t. I, p. 267 et 278.

(3) Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. III, n° 1686 ; Regnault, *op. cit.*, p. 143 ; Planiol, note D. 96.1.313 ; Toulouse, 21 juillet 1855, précité.

que dont il est revêtu survit à son décès et se transmet à ceux qui recueillent son patrimoine. Ce peut être la femme comme ce peut être un étranger, mais dans l'un et l'autre cas, la situation est la même. Si la femme accepte sous bénéfice d'inventaire, le mari n'aura action que sur les biens de la succession; est-elle héritière pure et simple, au contraire, le gage du mari s'étendra à tous les paraphernaux. La constitution de biens à venir n'aurait même pas pour effet en dotalisant tous les biens de la succession, de les soustraire à l'action des créanciers du défunt, et notamment à la poursuite du mari (1). Il est vrai qu'en fait, il arrivera souvent que le mari n'utilisera pas de l'action qu'il a entre les mains pour réclamer une somme qu'en fin de compte il retrouve dans les biens de sa femme; mais peu importe le fait, c'est le droit qui est intéressant, et il suffit que la créance soit reconnue au mari pour que la théorie de la dot incluse ou de la dotalité renfermée ne puisse s'appliquer. La dot entre les mains de la femme se trouve dans la même situation qu'autrefois entre les mains du constituant.

Tout au plus pourrait-on soutenir qu'en autorisant la femme à faire adition d'hérédité, le mari a par là même acquiescé à l'incorporation de la dot dans les immeubles héréditaires et renoncé à en exiger le paiement. Mais il ne semble pas qu'on puisse induire de cette autorisation un acte aussi grave que la remise de l'obligation dotale par le mari, si tant est que cette renonciation n'est pas contraire au texte de l'article 1395 du Code civil.

(1) V. Cass., 13 janvier 1825, S. VIII.1.13; Toulouse, 27 mars 1851, S. 51.2.41; Martin, *Etudes sur le rég. dotal*, p. 4 et suiv. *op. cit.* *Travaux et mémoires des Facultés de Lille*, 1891, t. II, Mémoire, n° 7.

Le mari paraît donc ne pas pouvoir être privé de sa qualité de créancier.

Est-il possible de répondre victorieusement à cette objection ?

Un arrêt de la Cour de Riom du 11 février 1809 (1) indique bien pour motif au refus opposé au mari de poursuivre le paiement de la dot sur les biens héréditaires recueillis par la femme, qu' « il serait inconvenant qu'il fit vendre les biens de sa femme pour se payer d'une dot dont il n'a que l'usufruit ».

Mais, comme le dit M. Regnault (2), il ne s'agit pas d'une question de convenance, mais d'une question de droit, et l'arrêt de la Cour de Riom ne donne aucune raison juridique pour repousser les prétentions du mari.

Et cependant de raison juridique on ne peut aisément en donner, c'est plutôt dans cette idée qui plane sur tout le système de la jurisprudence que le régime dotal n'est pas un régime de spéculation, mais bien au contraire un *régime de conservation*, qu'il faut chercher l'explication des arrêts qui admettent la dotalité renfermée en cas de dévolution héréditaire. « Si peu fondé qu'on l'estime, dit M. Bartin (3), l'arrêt de 1809 est précieux à relever, car il indique clairement les tendances de la pratique ; il peut servir à caractériser en jurisprudence la conception des droits du mari, et par là même, à expliquer plus d'une solution donnée depuis à des questions voisines. »

Cette pensée n'a pas empêché les auteurs et la jurisprudence elle-même de chercher une raison juridique à

(1) S. 1810.2.72.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 144.

(3) Bartin, *op. cit.*, p. 10.

cette manière de voir. La Cour de Toulouse (1) décida que la femme recueillant la succession du constituant non libéré tenait les immeubles « par une sorte de dation en paiement », et M. Lambert (2) dit que « l'immobilisation s'est produite par le jeu naturel des événements, par l'effet de la *confusion* ».

Ce dernier phénomène est assez rationnel, mais comme la dot ne peut pas disparaître, qu'il faut qu'elle soit quelque part, on est bien obligé d'admettre qu'elle se retrouve dans les biens qui composent le patrimoine de celui qui la devait.

L'opinion contraire aurait des conséquences tout à fait opposées à l'idée qui domine dans le régime dotal. En effet, l'immeuble héréditaire vient-il à être saisi par les créanciers de la femme, la seule ressource du mari sera, d'après cette doctrine, de se présenter comme créancier de la dot ; quant à la femme elle n'a aucune qualité pour agir, puisque l'article 1549 du Code civil lui refuse l'exercice des actions dotales, sauf à avoir, le cas échéant, un recours contre son mari en vertu de son hypothèque légale, si la négligence de ce dernier a amené la perte de la dot. Qu'arrive-t-il dans notre hypothèse, c'est que le mari se portant créancier de la dot ne jouit d'aucun privilège et, par suite, vient après les créanciers hypothécaires et au marc-le-franc avec les créanciers chirographaires de la femme ; il se peut donc qu'il n'ait reçu qu'une portion de la dot sans pour cette raison avoir apporté aucune négligence à se faire payer sa créance. Vaut-on donner à la femme un recours contre son mari pour la totalité de sa dot. Dans ce cas on oblige sans raison

(1) Toulouse, 27 juin 1892, S. 93.2.188.

(2) En note dans *Pand.*, 96.1.323, col. 2.

le mari à restituer plus qu'il n'a reçu ! — L'hypothèque légale de la femme ne conserve-t-elle au contraire que la portion de dot payée au mari ? On arrive à ce résultat d'amoindrir la dot qu'on est chargé de protéger, résultat bien fâcheux, on l'avouera. Aussi nous permet-il de ne pas nous arrêter à cette opinion dissidente.

La théorie jurisprudentielle s'applique aussi bien lorsque la femme est unique héritière du constituant décédé sans payer la dot que lorsqu'elle a été instituée par lui sa légataire universelle (1), et qu'il n'y a que des immeubles dans la succession. Si la Cour de Pau par un arrêt du 24 janvier 1890 (2), confirmé en cassation, a décidé le contraire, c'est qu'il n'y avait pas eu publicité et qu'au point de vue des tiers, comme nous le dirons, une condition essentielle d'application de la théorie de la dotalité renfermée consiste dans l'exigence d'une *affectation spéciale de la dot*.

Cette théorie s'étend également au cas de pluralité d'héritiers, et c'est même dans cette hypothèse qu'on la voit apparaître en *matière successorale* (3).

Dans l'espèce où il a été statué, la dot avait été constituée en avancement d'hoirie à la femme par son père, et les deniers étaient imputables sur sa part dans la succession paternelle. « Si elle les eût reçus du vivant de son père, disait la Cour, elle les aurait rapportés en moins prenant à l'ouverture de la succession ; cette somme fictivement rapportée serait devenue dotale ; dans l'espèce, elle a pris sa part complète, parce que la dot, au

(1) Montpellier, 26 juillet 1899, *Loi*, 16 février 1900.

(2) S. 93.1.5.

(3) Cass., 4^{re} décembre 1857, S. 58.1.257, précité ; et sur renvoi Agen, 28 mai 1858, S. 58.2.373.

lieu d'être dans ces mains se trouvait encore dans la succession, cette dot est donc *nécessairement* renfermée dans l'immeuble qui lui a été attribué lors du partage. » *A fortiori*, en aurait-il été ainsi dès lors que la dot aurait été constituée avec dispense de rapport, on n'eût pas pu objecter, comme M. Regnault l'a fait, que « la femme était censée n'avoir pas été dotée » (1).

La jurisprudence admet une restriction assez importante à l'application de sa théorie dans la condition de publicité, ainsi que nous l'indiquerons dans le cours de notre étude, mais il faut encore en signaler une autre.

Au cas d'acquisition d'un paraphernal au moyen de deniers dotaux ou de dation en paiement, ce bien est tout entier affecté à la représentation de la dot. Il est en effet dans un certain rapport de valeur avec elle, puisqu'il est à présumer que le montant de la dot égalait le prix du paraphernal lors du transfert de propriété qui l'a fait passer dans les mains de la femme. Il est possible, au contraire, qu'en cas de dévolution héréditaire les biens échus à la femme soient bien supérieurs à la dot fondue en eux. Dès lors la question se pose de savoir, s'il faut faire ressortir la dot en vidant successivement tous les biens ou, au contraire, si on doit considérer que chacun d'eux contient et recèle une fraction de cette dot, proportionnelle à la valeur que représente le bien vendu ou saisi dans la succession échue à la femme? Faute de réglementation sur ce point, c'est au premier système qu'il faut s'en tenir. M. Bartin (2) parle de fixer la dot mobilière sur le bien dont les revenus serviraient à indemniser le mari, mais il se place dans le cas tout spécial

(1) M. Regnault, *op. cit.* p. 152.

(2) Bartin, *op. cit.*, p. 9.

où le mari a fait valoir ses droits et obtenu, sinon le capital de la dot que la jurisprudence lui refuse, au moins les intérêts représentés par les revenus d'un immeuble à ce affecté par le tribunal. En dehors de cette hypothèse, c'est en principe à la femme à désigner l'immeuble qui va contenir la dot mobilière. C'est ce qu'a décidé un jugement du tribunal de Foix du 23 février 1889 confirmé en appel (1). « Il appartenait, dit-il, à la femme de désigner ultérieurement (après la dévolution) l'immeuble sur lequel elle entend exercer ses reprises, pourvu que son option ait lieu sans dol et sans fraude. »

Cette détermination sera faite par la femme dans l'acte de partage ou avant la vente. Nous croyons aussi qu'elle pourrait être faite dans le testament du constituant qui institue la femme dotée comme légataire. Dans tous les cas, elle constituera du même coup la publicité exigée par la jurisprudence vis-à-vis des tiers.

VI. — *De l'emploi ou du remploi irrégulier.*

Nous avons vu que la théorie de la dotalité renfermée a été appliquée par la jurisprudence lorsque aucune clause d'emploi ne figure dans le contrat de mariage : une telle obligation régulièrement exécutée dotalise le bien acquis (art. 1553, C. civ.).

Mais on peut se demander ce qu'il adviendra si l'emploi a été irrégulier.

Voyons d'abord le cas où l'une des deux conditions (déclaration d'origine de deniers et acceptation de la femme) (2) auxquelles est subordonnée la validité de l'emploi ou du remploi fait défaut.

(1) Toulouse, 13 mars 1890, D. 90.2.343.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 539, § 534 texte et note 34.

Il ne peut y avoir non seulement dotalité du bien, mais dotalité de la valeur qui y est renfermée.

Comme nous le verrons, la première de ces conditions (déclaration d'origine de deniers) est imposée pour la publicité de la dotalité renfermée, et à l'heure actuelle la Cour suprême refuserait de sanctionner, croyons-nous, des arrêts comme ceux de Bordeaux du 14 mai 1857 (1) et d'Agen du 13 août 1891 (2), qui ont décidé qu'en l'absence d'une mention d'emploi des deniers dotaux dans l'acte d'acquisition, si la dotalisation du bien était impossible, il y avait tout au moins inclusion de la dot.

Quant à l'acceptation de la femme, elle paraît nécessaire pour la rendre propriétaire du bien acquis en remploi.

Examinons maintenant le cas où l'emploi ou le remploi a été fait avec d'autres valeurs que celles indiquées au contrat de mariage ou autorisées par la loi. C'est dans ces termes que la question a été tranchée par un récent arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} août 1900 (3).

Si le remploi avait été fait conformément à la clause du contrat de mariage, il n'est pas douteux que les immeubles ou les valeurs mobilières acquis avec le prix de vente de biens dotaux eussent été eux-mêmes dotaux (art. 1553, C. civ.). Mais le prix ayant été affecté à l'achat de meubles meublants, alors que le contrat de mariage ne visait pas cette nature de biens, il n'y avait pas eu subrogation réelle, semblait-il, en ce qui les concernait : ils ne constituaient pas des biens dotaux.

C'était des biens paraphernaux, et dans l'espèce il n'y

(1) S. 57.2.547.

(2) S. 93.2.97.

(3) S. 1901.1.5 et la note de M. Lyon-Caen.

avait pas lieu d'envisager la société d'acquêts stipulée entre les époux, puisque cette société avait été dissoute par la séparation de biens.

C'était donc à tort que le tribunal de première instance de Boulogne-sur-Mer, par jugement du 18 février 1898, et la Cour d'appel de Douai par arrêt du 9 août 1898, avaient décidé le contraire pour des motifs différents que la Cour de cassation a condamnés en ne les reproduisant pas.

Le tribunal civil s'était fondé sur ce fait que tous les biens présents et à venir étaient dotaux d'après le contrat de mariage (1). Mais en se prévalant de la généralité de la constitution de dot, il méconnaissait qu'en cette matière, les biens à venir ne comprennent que les biens acquis à titre gratuit et non les biens acquis à titre onéreux (2).

La Cour d'appel avait confirmé le jugement en changeant quelque peu les motifs. Elle reconnaît aussi la validité de l'aliénation de l'immeuble, encore que le remploi ait été fait en meubles meublants et que cette sorte de remploi ne soit pas prévue dans le contrat de mariage. Elle en donne pour raison que l'aliénation a été faite pour acquérir avec le prix des objets de première nécessité constituant des aliments au sens légal du mot; qu'ainsi on se trouvait dans un des cas où l'aliénation de l'immeuble dotal est permise par l'article 1558 du Code civil. Sans doute, l'autorisation de justice n'avait pas été obtenue, bien que l'article 1558 l'exigeât, mais d'après l'arrêt d'appel, la nécessité de cette autorisation se trouvait exclue par la clause qui permettait l'aliénation des immeubles dotaux sans formalités judiciaires. C'était

(1) V. théorie de Vigié, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1897.

(2) Grenoble, 11 juillet 1857, S. 57.2.549.

oublier, en présentant ainsi les choses, que le contrat de mariage n'autorisait la vente qu'à charge de remploi en certains biens. L'immeuble dotal eût été régulièrement vendu et le remploi eût été régulièrement opéré, si le prix avait été employé à l'achat de biens de cette nature, même en dehors des cas où l'article 1558 du Code civil permet la vente des immeubles dotaux. Mais dès l'instant que le remploi n'a pas été fait conformément au contrat de mariage, la vente n'a pu avoir lieu que dans les termes de l'article 1558 du Code civil, c'est-à-dire avec l'autorisation de justice. Le contrat de mariage excluait les formalités judiciaires, mais seulement pour les cas qu'il prévoyait et autorisait, c'est-à-dire pour les cas de vente avec remploi en immeubles ou en valeurs dotales déterminées.

La Cour de cassation, en écartant ces motifs, constate d'abord « qu'en l'état des faits la valeur des meubles litigieux dont l'origine est dûment constatée par l'acte authentique de remploi n'en *représente* pas moins une partie de la dot : que cette dot restituée à la dame X..., après séparation de biens, demeure insaisissable entre ses mains, quels que soient les éléments qui la composent, mobiliers ou immobiliers, pour l'exécution des engagements par elle contractés pendant son mariage ».

N'est-ce pas assimiler le cas de remploi irrégulier à l'acquisition d'un bien avec des deniers dotaux sans clause d'emploi dans le contrat de mariage ? Dès lors, ne faut-il pas appliquer la théorie de la dotalité renfermée, et décider que les meubles meublants ne sont pas insaisissables, sauf à faire sortir les deniers renfermés ? Souvent, il est vrai, il n'y aura qu'un intérêt minime à la saisie, et même il n'y en aura aucun en l'absence de plus-

value, et, à plus forte raison en cas de moins-value; le seul intérêt sera l'intérêt éventuel à justifier la saisie et à la valider.

Ce n'est pourtant pas ce que fit la Cour de cassation qui prononça la nullité de la saisie.

M. Lyon-Caen, dans sa note, nous en indique les raisons: « Si l'on admet, dit-il, l'incorporation des valeurs mobilières dans les paraphernaux, en cas d'emploi ou de remploi irrégulier, c'est-à-dire dans un cas non autorisé par une clause du contrat de mariage, l'arrêt de la Chambre civile doit être approuvé; il est une déduction logique de cette théorie », et il justifie son allégation par deux raisons spéciales:

La première, à laquelle nous reviendrons tout à l'heure, tirée de ce fait que la femme dotale était séparée de biens lorsqu'elle avait vendu un de ses immeubles et employé une partie du prix à acheter des meubles meublants.

La deuxième raison est plus spécieuse.

M. Lyon-Caen fait remarquer qu'il s'agissait de l'emploi non pas de deniers ayant le caractère dotal, parce qu'ils avaient été compris dans la constitution de dot, mais de deniers dotaux ayant ce caractère parce qu'ils provenaient de la vente d'un immeuble dotal, aliénable seulement avec faculté de remploi en certains biens ou en certaines valeurs. Et il conclut ainsi: « L'inaliénabilité des immeubles dotaux ne doit pas pouvoir être compromise par une transformation irrégulière que la femme a fait subir à la dot immobilière. Pour qu'elle ne soit pas compromise, il faut que les meubles qui, en définitive, représentent des immeubles dotaux, soient traités en droit comme l'étaient ces immeubles. Ceux-ci sont insaisissables, ceux-là devraient l'être aussi. »

Disons simplement que cette théorie de la Chambre civile se justifie par l'idée de subrogation réelle qui se dégage de l'article 1553 du Code civil. De cet article généralisé, on conclut avec raison que toute transformation non seulement de la dot mobilière en dot immobilière, mais encore de la dot immobilière en dot mobilière est prohibée, lorsqu'elle n'est point prévue dans le contrat de mariage. Les deniers dotaux provenant du prix de vente de l'immeuble dotal ont le même caractère de dotalité que cet immeuble lui-même, et en servant à l'acquisition de meubles meublants, ils leur ont transmis leur qualité de bien dotal immobilier.

Le bien acquis de deniers dotaux immobiliers, en dehors des cas prévus par le contrat de mariage, ne peut donc pas être un paraphernal renfermant des valeurs dotales, ce ne peut être qu'un bien dotal affecté d'une dotalité immobilière, si on admet la validité de l'aliénation de l'immeuble dotal fait par la femme avec emploi du prix non conforme aux prescriptions du contrat de mariage : point facilement contestable.

L'application de la dotalité renfermée au cas de remploi irrégulier a cependant été admise comme solution subsidiaire par un arrêt de la Cour d'Aix du 17 juillet 1899 (1). Contrairement aux prescriptions du contrat de mariage réglementant la cause de remploi, une femme dotale avait accepté un immeuble qui restait grevé d'une inscription hypothécaire. Le remploi était irrégulier, puisque l'immeuble aurait dû être libre de toute charge. La Cour décida néanmoins que l'immeuble était dotal, mais ajouta que lors même qu'il ne le serait pas devenu, ce serait un immeuble renfermant des valeurs dotales.

(1) *Loi*, 20 octobre 1899.

VII. — *De la séparation de biens.*

L'inaliénabilité de la dot mobilière ne suffit pas toujours à protéger efficacement la femme. Le mari, en effet, puisque la dot mobilière est aliénable à son égard, peut la dissiper ou ne pas en affecter les revenus aux charges du ménage. La femme dotale aura alors recours à la séparation de biens pour éviter la perte de sa dot.

C'est à ce moment que la théorie de la représentation de la dot mobilière par un paraphernal qu'elle a servi à acquérir trouve son véritable et son plus large champ d'application.

Nous avons remarqué, dans la première partie de notre travail, que la séparation de biens n'a pas pour effet de mettre fin à l'inaliénabilité. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont unanimes en ce sens, et l'on ne comprendrait pas que la séparation de biens qui est une mesure de protection pour la femme, vînt supprimer celle qu'elle avait déjà et qui, aux termes de l'article 1554 du Code civil, doit persister « pendant tout le mariage ». La séparation de biens ne portant pas atteinte à l'inaliénabilité de la dot mobilière laissera par là même subsister la dotalité renfermée ou permettra de l'établir même à l'égard des créanciers postérieurs à la séparation. La pratique qui n'offre que peu d'exemples de substitutions d'immeubles à la dot mobilière antérieurs à la séparation de biens, nous en donne, au contraire, fréquemment, lorsque la séparation de biens est prononcée.

(1) Aubry et Rau, t. V, § 539, p. 617 et Guillouard, t. IV, n° 2110.

(2) Cass., 19 avril 1819, S. 20.1.19; Cass., 13 décembre 1865, D. 66.1.19; Cass., 4 juillet 1881, D. 82.1.194.

La jurisprudence admet d'une façon constante que le bien acquis de deniers dotaux (1) ou donné en paiement de la dot (2) par le mari ou le constituant, ou adjugé à la femme pour le montant de ses reprises dotales sur la saisie opérée par les créanciers de son mari (3), après séparation de biens, est un paraphernal renfermant des deniers dotaux. Et plus d'un auteur accepte ce résultat après la séparation de biens qui les rejette avant, fondé qu'il leur paraît alors sur une restitution anticipée de la dot mobilière (4).

Mais la théorie jurisprudentielle de la dotalité renfermée, même après la séparation de biens, est loin de rallier l'unanimité des suffrages.

Les uns, adversaires opiniâtres de cette théorie avant comme après la séparation de biens (5), soutiennent, en vertu du principe de non-dotalité contenu dans l'article 1543 du Code civil que l'immeuble acquis au moyen de la dot mobilière, n'étant pas dotal est paraphernal, et par conséquent aliénable et saisissable sans aucune restriction. Il faut dire que les partisans de cette première opinion sont en même temps les défenseurs de la théorie de l'aliénabilité de la dot mobilière dont ils poursuivent les conséquences, si bien que M. Guillouard reconnaît qu'étant donné le point de départ adopté par la jurispru-

(1) Cass., 11 juillet 1857, précité, S. 57.2.549, D. 57.2.240.

(2) Pau, 8 juin 1892, D. 94.2.315 ; Montpellier, 28 février 1853, S. 53.2.673.

(3) Cass., 12 avril 1870, S. 70.1.485 ; Montpellier, 21 juin 1871, S. 71.2.88, D. 71.2.475.

(4) Regnault. *op. cit.*, p. 121 et suiv. et p. 156 ; Escary, *op. cit.*, p. 81 et 96.

(5) Marcadé, t. VI, art. 1553IV ; Troplong, IV, nos 3189, 3193 ; Guillouard, t. IV nos 2088 et 2115 ; Jouitou n° 92.

dence, la théorie de la représentation est logique, puisqu'elle garantit encore cette inaliénabilité après la transformation de la dot (1).

D'autres repoussent, au contraire, la théorie de la jurisprudence, parce qu'elle leur « paraît apporter aux conséquences de l'indisponibilité de la dot mobilière un tempérament que la logique du droit condamne » (2). L'article 1553 du Code civil, disent-ils, n'est applicable qu'avant la séparation de biens. Malgré l'article 1449 du Code civil qui rend à la femme séparée la libre administration de ses biens, ils prétendent, en s'appuyant sur l'ancien droit, obliger la femme à faire emploi de ses deniers dotaux, tout comme s'il y avait une clause d'emploi dans son contrat de mariage, ce qui leur permet de transférer le caractère absolu dotal au bien acquis (3).

Tessier (4), après avoir fait remarquer qu'avant la séparation de biens la femme était protégée par l'hypothèque légale, ajoute : « Voilà des garanties contre la dissipation de la dot et ces garanties disparaissent pour la femme qui, une fois la séparation prononcée, reçoit ses deniers dotaux. Qui répondra que la femme gardera soigneusement la dot par elle touchée pour en appliquer les fruits aux charges du ménage ; qu'elle ne la dissipera pas en spéculations inconsidérées ou en folles dépenses, qu'elle ne la livrera pas à des créanciers envers lesquels elle se serait déjà obligée ou elle viendrait à s'obliger ensuite ?

(1) Guillouard, t. IV, n° 2088 *in fine*.

(2) Bertauld, *Questions pratiq. et doctrin.*, n° 633, t. I, p. 503.

(3) Rodière, note sous Montpellier, 18 février 1853 ; note sous Cass., 12 avril 1870, S. 70.1.185 ; Rodière et Pont, III, n° 2197 ; Vigie, *op. cit.*, n° 14, p. 492.

(4) *Op. cit.*, p. 352 et suiv.

Qui empêchera qu'un mari ne réussisse à faire passer dans ses mains ou dans celles de ses créanciers les deniers dotaux d'une épouse toujours faible et souvent irréfléchie, et cela à l'aide d'une séparation de biens concertée dans ce but ? »

Dans l'ancien droit, on y pourvoyait par l'emploi ou le bail à caution (1). L'ancienne jurisprudence qui voulait la fin voulait les moyens, avait compris toute l'inconséquence qu'il y aurait à admettre le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière et à repousser néanmoins les précautions qui, advenant la séparation de biens, tendent à empêcher que quelque atteinte ne soit portée à ce principe.

Tessier en conclut que « ces sûretés pour n'être pas dans la lettre du Code civil n'en sont pas moins dans son esprit », étant donné que « les auteurs du Code civil ont voulu maintenir le régime dotal tel qu'il existait dans les pays de droit écrit ». Et sa conséquence semble assez logique.

D'autre part, M. Rodière (2), pour donner un motif à son refus d'appliquer l'article 1553 du Code civil au cas de substitution d'un immeuble à la dot mobilière après la séparation de biens, prétend que cet article n'est pas écrit pour le cas exceptionnel de séparation de biens. « Il n'est point placé dans les premières dispositions du chapitre qui indiquent ce qui est dotal et ce qui ne l'est pas, ni dans la *section première* où la loi parle « De la Constitution de dot », mais dans la *section II*, qui s'occupe « *Des droits du mari sur les biens dotaux* ».

(1) V. Salviat, *Journal du Parlement de Bordeaux*, V^o Dot, n^o 4 ; Julien, *Éléments de jurisprudence*, liv. I, tit. 4, §§ 36 et 37.

(2) Rodière, *loc. cit.*, S. 70.1.185, col. 1.

Cet argument ne nous paraît pas fondé : si l'article 1553 du Code civil ne s'applique pas au cas exceptionnel de la séparation de biens judiciaire, on ne peut faire appel aux articles de la même section pour dire que, *mutatis mutandis*, les règles de l'inaliénabilité tant de la dot mobilière que de la dot immobilière sont identiques pour le régime dotal et pour le régime de la séparation de biens judiciaire modifiant le régime dotal. Les droits d'administration et de jouissance du mari disparaissent, il est vrai, avec la séparation de biens, mais le caractère même du régime dotal, c'est-à-dire l'inaliénabilité du bien dotal (mobilier ou immobilier) subsiste.

Or, n'oublions pas que l'article 1553 du Code civil, qui traite de la transformation de la dot mobilière en dot immobilière, intéresse le principe même de l'inaliénabilité de la dot. La jurisprudence y a vu, plus ou moins consciemment, ainsi que nous l'examinerons, une application de l'idée de subrogation réelle en décidant que le bien acquis des deniers dotaux revêt le même caractère de dotalité que ces deniers eux-mêmes.

Et si on admet la persistance de l'inaliénabilité de la dot mobilière sous le régime dotal modifié par la séparation de biens judiciaire, un résultat analogue s'impose touchant la question de la dotalité renfermée.

Les conséquences de la représentation de la dot mobilière seront donc les mêmes qu'avant la séparation de biens.

Ce système qui triomphe en jurisprudence sera moins nuisible au crédit de la femme que la dotalisation pure et simple qui entraîne une obligation d'emploi ; les tiers auront toujours l'espoir de profiter des plus-values et de faire sortir un excédent de valeur en sus et par de là de la dot mobilière.

En revanche, les adversaires de la théorie de la jurisprudence en soumettant la femme séparée de biens à l'emploi de ses deniers dotaux la protège plus efficacement, car ils refusent à ses créanciers le droit de saisie des biens qui les représentent.

SECTION II. — **De la condition juridique des biens acquis en emploi des deniers dotaux ou reçus en paiement de la dot.**

§ 1^{er}. — **De la formule de la jurisprudence.**

De l'examen auquel nous venons de nous livrer il nous est permis de dire que la théorie de la dotalité renfermée ne s'applique que dans les cas où il s'agit de l'acquisition de biens en emploi de deniers dotaux ou de dation de biens en paiement de la dot, alors que cette acquisition et cette dation n'ont pas été prévues dans le contrat de mariage.

C'est lorsqu'on se trouve en présence de faits réunissant ces conditions que la jurisprudence décide que le bien ainsi acquis ou reçu n'est ni un bien dotal ni un bien paraphernal pur et simple, mais *un paraphernal renfermant la dot mobilière*.

Que signifie cette formule ?

Il faut pour en saisir le sens en connaître la portée pratique, les conséquences que la jurisprudence en tire.

Elles se rattachent toutes d'ailleurs à cette idée que la jurisprudence a entendu conférer au bien dont il s'agit, le caractère, la qualité des deniers dotaux qui ont servi à son acquisition, de le soumettre en un mot au régime de la dot mobilière ; or, cette dot mobilière étant inaliénable, la transformation qu'elle a subie doit laisser sub-

sister au profit de la femme, à l'égard du nouveau bien, la protection que l'inaliénabilité de sa dot mobilière lui confère.

C'est là le souci constant de la jurisprudence, que laissent percer les arrêts de Cours. — Certains arrêts de la Cour de Caen permettent de s'en rendre compte : ils décident que les immeubles qui ont été payés avec la dot « la représentent exactement et doivent jouir des mêmes immunités » ; « que l'immeuble acquis avec les deniers dotaux sera de même nature dans les mains du mari ou de la femme séparée que les capitaux que cet immeuble remplace ; que comme eux il est de libre disposition pour le mari jusqu'à la séparation de biens ; qu'après la séparation de biens, il sera aliénable par la femme, sans formalités de justice pour les causes autorisées par la loi et que les articles 1554, 1558 et 1559 du Code Napoléon concernant les immeubles dotaux ne le gouvernent pas ; qu'en un mot l'immeuble acquis ne sera pas un immeuble dotal, c'est-à-dire soumis au principe posé dans l'article 1554 ; mais que l'article 1553 du Code civil ne dit pas que cet immeuble qui, en réalité, est la dot mobilière consolidée, ne sera pas régi par les principes de la dot mobilière ordinaire, et qu'il sera moins protégé contre les dissipations des époux et l'action de leurs créanciers que les deniers dotaux eux-mêmes » (1).

Cet arrêt, dans un aperçu rapide et précis, nous fait entrevoir toutes les conséquences de l'idée que nous énonçons plus haut.

Il nous faut maintenant étudier ces conséquences :

1° Au point de vue de l'administration et de la jouissance du bien représentant la dot mobilière ;

(1) Caen, 15 février 1870, S. 70.2.117, D. 70.2.67.

2° Au point de vue du droit d'aliénation de ce bien par le mari et par la femme ;

3° Au point de vue du droit de saisie des créanciers.

§ 2. — Ses conséquences.

1^{er} POINT. — *De l'administration et de la jouissance du paraphernal contenant la dot.*

Si l'immeuble acquis des deniers dotaux est un paraphernal dépositaire de ces deniers, comme l'admet la jurisprudence, il doit être soumis aux mêmes règles que les paraphernaux ordinaires au point de vue de l'administration et de la jouissance.

Or, d'après l'article 1576 du Code civil, c'est la femme qui a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, c'est donc elle qui doit conserver la jouissance de l'immeuble paraphernal renfermant la dot mobilière ?

Remarquons d'abord que cette question ne se présente qu'avant la séparation de biens, puisque ensuite c'est à la femme que revient la jouissance de ses biens même dotaux.

Elle n'offre pas un très grand intérêt pratique, mais elle n'en doit pas moins être résolue au point de vue théorique.

L'unique document de jurisprudence qui examine cette question remonte à une époque où l'on ne parlait pas encore de dotalité renfermée ; c'est l'arrêt de la Cour de Riom du 11 février 1809 (1) : « Une femme dotale avait recueilli la succession de son père avant le paiement de la dot qu'il lui avait constituée, le mari actionna la femme

(1) S. 40.2.72.

en paiement de cette dot, la Cour ne lui reconnut qu'un droit aux intérêts et à ce titre imposa à la femme « le délaissement d'un usufruit d'immeuble suffisant pour produire cet intérêt. »

Le procès de 1809 s'était produit au cas de succession. C'est bien la seule hypothèse où l'on puisse supposer qu'aujourd'hui encore se produirait un conflit. Le mari, en effet, créancier de la dot, se voit frustrer d'une somme sur laquelle il pouvait compter.

Dans les autres cas, au contraire, le mari a consenti à l'inclusion de la dot.

M. Colmet de Santerre (1) voit dans l'acquisition de l'immeuble acquis au nom de la femme un prêt que lui a consenti son mari. « La femme, dit-il, doit indemniser le mari de la diminution de jouissance que l'opération entraîne pour lui. Elle doit lui payer les intérêts de la somme d'argent qu'il a fournie. La créance d'intérêts constituera désormais la dot de la femme. » Notre éminent maître, M. Guillouard (2), partage cet avis. M. Planiol qui adopte aussi ce système fait remarquer « qu'il n'y a pas de raison pour considérer cette obligation comme pesant sur le bien qui représente la dot plutôt que sur le reste de la fortune paraphernale de la femme ». C'est dire que l'inclusion ne doit pas avoir d'effet spécial sur le paraphernal renfermant les deniers dotaux.

Ce système ne s'accorde guère avec la doctrine de ceux qui l'ont présenté et qui n'admettent pas l'incorporation de la dot. Ils ne devraient voir dans le placement des deniers dotaux au nom et pour le compte de la femme

(1) *Cours analytique du Code civil*, t. VI, n° 225.

(2) Guillouard, *op. cit.*, t. IV.

qu'un simple prêt qui ne porte intérêt qu'autant que les époux l'ont formellement stipulé.

MM. Aubry et Rau (1) admettent que l'administration et la jouissance de ce bien doivent appartenir au mari. Ce système est plus conforme, semble-t-il, à l'idée que nous signalions tout à l'heure. En effet, la jurisprudence, disions-nous, a voulu conserver à ce bien le caractère et la qualité des deniers dotaux, or les deniers dotaux contenus dans ce bien étaient soumis à la jouissance et à l'administration du mari. N'est-il pas logique que ce bien soit également soumis à son administration et à sa jouissance? On arrête ainsi un reproche adressé à la théorie de la jurisprudence, reproche que nous avons réfuté en son temps, celui d'opérer une restitution anticipée de la dot.

Cette dernière solution nous paraît très juste et très équitable, lorsque la différence entre la valeur de l'immeuble et le montant de la somme qui a servi à son acquisition est de minime importance et permet de considérer cet immeuble comme étant dans son intégralité la représentation de la dot mobilière. Mais il n'en est plus de même dans le cas contraire, la paraphernalité de l'immeuble doit alors déplacer le droit de jouissance des mains du mari dans celles de la femme, sauf à cette dernière à servir à son mari les intérêts des deniers employés, et dans ce cas pour donner une raison juridique à cet état de choses et respecter en même temps le principe de l'article 1395 du Code civil, il faut bien en revenir à l'idée de prêt.

(1) T. V, § 534, p. 538; Escary, *op. cit.*, p. 96 et Stora, *Op. cit.*, p. 288.

Qui devra supporter les risques ?

Les deniers dotaux étaient aux risques du mari, l'immeuble acquis au nom de la femme au moyen de ces deniers le sera-t-il également ? Oui, dira-t-on, puisque ce bien représente la dot mobilière et que celle-ci est aux risques du mari. Mais la femme est propriétaire de cet immeuble et rien ne nous autorise à faire échec à la règle « *Res perit domino* ».

Disons simplement que si l'immeuble vient à périr, la perte en devra être supportée par la femme, mais que le mari qui n'a pas restitué la dot en faisant emploi des deniers est responsable de ces deniers et qu'il en devra tenir compte à la femme.

Admettre le contraire serait apporté un échec très grave au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

2^e POINT. — *De l'aliénation du paraphernal contenant la dot.*

1^o *Par le mari.* — L'immeuble acquis des deniers dotaux ou reçu en paiement de la dot pourra-t-il être aliéné par le mari sans le concours de la femme ?

Il semble à première vue que la question ne puisse pas se poser. Ce bien, en effet, est la propriété de la femme et le mari ne peut aliéner ce qui ne lui appartient pas.

Mais, répondrons nous, les créances dotales, les meubles dotaux sont aussi la propriété de la femme et, cependant dans la théorie jurisprudentielle de l'inaliénabilité de la dot mobilière, le mari puise dans sa qualité d'administrateur le droit d'aliéner les créances dotales et les meubles dotaux corporels. Il n'en pourra être autrement de l'immeuble subrogé à des deniers dont le mari pouvait disposer librement, et les tribunaux ont donné

gain de cause à cette opinion. La Cour de Caen (1) décide que, comme les capitaux que cet immeuble remplace « il sera de libre disposition pour le mari jusqu'à la séparation de biens ». Le mari aura la propriété du prix jusqu'à concurrence des deniers dotaux originaux (2) et l'excédent reviendra à la femme comme représentant une valeur paraphernale.

Toutefois nous hésitons à suivre la jurisprudence sur ce point. Dès lors qu'on reconnaît un caractère de paraphernalité, si restreint soit-il, à l'immeuble renfermant la dot mobilière, nous ne pouvons admettre que le mari puisse librement en disposer sans le concours de la femme.

On nous objectera peut-être que cette opinion ne respecte pas les droits du mari. Il est facile d'écarter cet argument en faisant observer que la jurisprudence porte une atteinte autrement grave aux droits de la femme sans avoir pour excuse de la protéger davantage.

2^o *Par la femme.* — A. — *Aliénation à titre onéreux.* — Nous avons prétendu que la paraphernalité partielle qui atteint l'immeuble acquis des deniers dotaux ou reçu en paiement de la dot ne permettait pas au mari de l'aliéner sans le consentement de sa femme, contrairement d'ailleurs à la décision de la jurisprudence.

La réunion de leurs deux volontés suffira-t-elle à rendre l'immeuble aliénable ? Oui certes, ce bien, étant un paraphernal, doit être de libre disposition entre les mains de la femme : elle doit pouvoir l'aliéner, l'hypothéquer avec l'autorisation de son mari.

(1) Caen, 15 février 1870, D. 70.2.67.

(2) Note de Labbé sous Cass., 3 juin 1891, S. 93.1.50 ; Regnault, *op. cit.*, p. 74.

Mais il ne faut pas oublier que ce paraphernal contient la dot et que ce serait aller à l'encontre de la protection dont la jurisprudence entoure la dot mobilière de la femme que de lui donner le droit de disposition, sans chercher à le restreindre le plus possible.

Et d'abord la femme est-elle absolument libre de vendre cet immeuble au prix qui lui convient, s'exposant ainsi à compromettre sa dot incluse, si le prix est inférieur à la somme employée. Faut-il imposer à la femme une mise à prix assez forte pour couvrir le montant des valeurs dotales ?

En bonne logique, telle devrait être la solution des tribunaux qui, comme nous le verrons au cas de saisie, obligent les créanciers à garantir un prix d'adjudication destiné à fournir aux époux le montant de la dot contenue dans l'immeuble.

Pourtant la jurisprudence n'a pas émis cette prétention.

Si ce n'est point par la fixation d'un minimum de prix, est-ce par l'emploi de certaines modalités affectant l'aliénation que la jurisprudence s'est ingéniée à protéger la femme ?

Dans l'aliénation qu'elle fait, comme dans toute autre vente, se trouve d'abord sous-entendue la condition résolutoire pour défaut de paiement du prix. Cette garantie permettra à la femme de recouvrer le paraphernal avec les valeurs dotales qui y sont renfermées et pour cette raison on lui refusera le droit d'y renoncer.

Mais la jurisprudence ne s'est pas contentée de cette protection, et la Cour d'Aix imagina une autre combinaison qui fut sanctionnée par la Chambre des requêtes au rapport de Troplong (1). Une femme dotale, sépa-

(1) Aix, 25 juillet 1840 ; Cass., 31 janvier 1842, S. 42.1.110.

rée de biens, avait vendu l'immeuble qui lui avait été donné par son mari en paiement de ses reprises. Le prix n'avait pas été payé effectivement, mais il y avait eu compensation. Plusieurs années après, il prit fantaisie à la femme de revendiquer son immeuble. La Cour de cassation lui donna gain de cause, en ajoutant « *que les acquéreurs de cet immeuble, s'ils avaient voulu se soustraire à l'action en revendication exercée contre eux auraient dû offrir la restitution de la dot mobilière* ». Ainsi le paraphernal pouvait être vendu, à la condition que l'acquéreur versât effectivement non pas seulement le prix, mais le montant intégral de la dot incluse qui peut lui être supérieur, et sans que la femme pût procéder à une exécution directe.

Il est peu aisé d'admettre une telle solution, qui d'ailleurs reste isolée et n'a pas fait jurisprudence.

De deux choses l'une : l'immeuble est inaliénable ou il ne l'est pas. S'il est inaliénable, ce n'est pas l'offre de la restitution de la dot qui peut effacer le vice originel de la vente. Dans le cas contraire, la femme a le choix de faire exécuter la vente ou de demander au tribunal la rescision de cette vente, mais elle n'a jamais le droit d'exercer une *action en revendication*.

La Cour d'Aix, dans un précédent arrêt du 21 mars 1839 (1), avait admis l'obligation pour l'acquéreur de *garantir l'emploi du prix après la séparation de biens*. Cette jurisprudence s'expliquait à cette époque : c'était une réminiscence du bail à caution de l'ancien droit. Mais ce système fut vite abandonné, et il est aujourd'hui de jurisprudence constante que la quittance de la femme

(1) D. 39.2.151.

autorisée du mari libère l'acheteur : « Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation, que la femme doit pouvoir quittance le prix desdits immeubles sans que les tiers acquéreurs soient obligés d'en surveiller l'emploi » (1).

Si la jurisprudence n'impose pas un prix de vente à la femme et n'en garantit pas d'une façon spéciale le paiement, ce n'est pas qu'elle abandonne cette femme aux dangers du droit commun. Elle protège la créance du prix, et au cas où cette créance ne suffit pas à assurer le montant intégral de la dot incluse, elle supplée à cette insuffisance.

La créance est-elle supérieure ou tout au moins égale au montant des deniers dotaux ? Elle est alors frappée d'inaliénabilité à l'égard de la femme à concurrence de ces deniers. C'est une créance renfermant des valeurs dotales : il y a eu *transfusion de la dot* du bien dans la créance du prix, la dotalité doit en effet subsister à travers les transformations diverses de la dot. Toutefois quand c'est la créance du prix qui est substituée au paraphernal, plutôt que de parler de dotalité renfermée, il serait plus exact de dire que la créance est dotale à concurrence du montant des deniers dotaux : il est toujours facile en effet de déterminer la limite de la dotalité et de la paraphernalité et partant la somme à protéger. A concurrence de cette somme il faudra observer cette règle qui veut « que la dot mobilière ne puisse jamais servir à payer les dettes de la femme *constante matrimonio* », afin que les enfants retrouvent cette dot intacte à la dissolution du mariage (2). Cette somme ne pourra

(1) Toulon, 31 mars 1863 ; Cass., 26 juillet 1865, S. 65.1.404.

(2) Troplong, Rapport dans S. 42.1.110.

être saisie-arrêtée par les créanciers de la femme (1). Elle est incapable d'en recevoir le paiement en monnaie de compensation, comme l'a jugé la Chambre des requêtes dans l'arrêt précité du 31 janvier 1842 (2).

Le mari lui, au contraire, pourra librement disposer de cette somme dotale comme il en avait le droit avant d'en faire l'emploi.

La créance du prix est inférieure à la somme dotale renfermée dans le paraphernal ?

Cette créance sera sans doute dotale pour le tout, mais la femme perdra-t-elle sans retour la différence ?

A notre avis, comme nous l'avons indiqué, si la femme n'est pas séparée de biens, la restitution de sa dot n'a pu avoir lieu et le mari sera tenu de prendre à sa charge cette différence, de même qu'il devait supporter les risques.

La solution changera au cas où la femme sera séparée de biens, le mari a restitué la dot et les risques ne sont plus à sa charge. Que décider alors ?

Il nous faut chercher la réponse dans un arrêt de Grenoble du 1^{er} juin 1897 (3) ; un an avant le prononcé de ce jugement, M. Planiol (4) se demandait si dans notre hypothèse « l'acheteur serait tenu de payer un supplément jusqu'à concurrence de la dot, malgré la fixation du prix par le contrat », et c'est précisément cette solution que la Cour a adoptée. Les époux Reynaud ayant été séparés de biens, divers immeubles avaient été cédés par

(1) Cass., 27 février 1883, S. 84.1.185 ; Pau, 8 juin 1892, D. 94.2.315 ; Grenoble, 1^{er} juin 1897, D. 98.2.430.

(2) Dalloz, *Jurisp. gén.*, *Contrat de mariage*, n° 3557.

(3) D. 98.2.430.

(4) En note dans D. 96.1.315, col. 1.

le mari à sa femme en paiement de ses reprises de 4.173 fr. 50. Plus tard, la femme revendit ces immeubles à un sieur P., son créancier de 1.645 francs et le prix fut fixé à pareille somme. Ainsi que la Cour le constate, cette estimation était suffisante étant donnée la moins-value ; il n'y avait pas lieu à rescision pour cause de lésion. Mais la dot n'était pas perdue pour la femme : « Attendu que puisque ces biens sont le gage et la représentation de sa dot mobilière, la dame R... en les transmettant à P..., à titre onéreux, n'a pu les lui céder que grevés de sa créance de 4.173 fr. 50 ; que P... en sa qualité de détenteur de ces biens a le choix ou de payer ces 4.173 fr. 50, ou s'il estime que les immeubles n'ont pas cette valeur, de les délaisser à l'appelante en paiement de sa dot mobilière. »

Cet arrêt, comme on le voit, est de la plus grande importance. Il pousse à ses dernières conséquences la théorie de la dotalité renfermée, et si la jurisprudence est décidée à entrer dans cette voie, il est certain que la femme ne trouvera plus à vendre ses paraphernaux contenant des deniers dotaux pour peu qu'ils aient diminué de valeur. Il se produira une véritable inaliénabilité de fait, et l'obstacle à la vente sera d'autant plus sérieux que la femme ne peut pas, en principe, renoncer au droit de prélèvement qui lui assure le paiement de la dot.

La femme n'aura qu'un moyen de tourner cette difficulté, ce sera d'user de la faculté qui lui est accordée par les articles 1555 et 1556 du Code civil de donner un immeuble dotal pour l'établissement de ses enfants, ce qui implique, d'après la jurisprudence, celle d'aliéner pour se procurer les ressources nécessaires à cet effet (1).

(1) Cass., 26 novembre 1900, S. 1901.1.65 et note de Lyon-Caen.

B. — *Aliénation à titre gratuit.* — Le bien acquis des deniers dotaux ou regu en paiement de la dot étant un paraphernal, la femme doit pouvoir en disposer à titre gratuit.

Il est assez difficile de concilier ce droit avec la protection des deniers dotaux qui y sont renfermés.

D'autre part, imposer un prix suffisamment rémunérateur était se mettre en contradiction avec le caractère propre de la donation qui est d'exclure tout équivalent.

Fallait-il donc interdire la donation de ce paraphernal pour être sûr de conserver la dot qu'il renfermait ? C'est ce qu'avait pensé la Cour de Toulouse le 17 décembre 1868 (1).

Après séparation de biens, la femme S... s'était portée adjudicataire des immeubles de son mari et s'était fait colloquer dans l'ordre pour le paiement de ses reprises compensées avec partie du prix d'adjudication. Quelque temps après, elle procéda à un partage de ses biens entre ses enfants, et l'un d'eux devint attributaire des immeubles en question. Sept ans plus tard, la femme demanda la nullité de cette attribution. La Cour de Toulouse, confirmant sur ce point le jugement du tribunal de Castelsarrasin du 3 avril 1868, prononça la nullité par ce motif, erroné à notre avis (2), que la constitution de biens à venir dotalisait indistinctement tous les biens acquis au jour du mariage. Elle ajoutait subsidiairement « qu'au lieu d'être absolue la capacité de la femme, quant à l'aliénation, est restreinte et ne peut s'étendre aux contrats qui, au lieu de lui offrir l'équivalent de sa dot, auraient par leur nature pour résultat de l'en dépouiller ; que la femme

(1) S. 70.4.185 et note Rodière, D. 69.2.1 et note Brésillon.

(2) Voir ci-dessus sect. I, ch. II, p. 77.

peut valablement consentir la vente de l'immeuble représentant ses valeurs dotales, le prix qu'elle en retire étant l'équivalent de ces deniers ; mais qu'on ne saurait admettre qu'elle ait le droit d'en disposer à titre gratuit ».

Ainsi le sort des dispositions faites par la femme va dépendre de leur caractère de gratuité.

S'il y a aliénation à titre onéreux, l'immeuble, attendu sa paraphernalité, est aliénable. S'il y a disposition à titre gratuit, l'immeuble, attendu la dotalité dont il est affecté, est inaliénable. « Ce caractère mixte, dirons-nous avec M. Brésillon (1), nous paraît difficile à comprendre et surtout à justifier. On a quelque peine à s'expliquer la nature juridique d'un bien qui serait à la fois paraphernal et de libre disposition quant aux aliénations à titre onéreux, ou frappé d'indisponibilité quant aux aliénations à titre gratuit. »

Les décisions précitées admettaient une exception à l'inaliénabilité, pour le cas où la femme ferait une donation à ses enfants en vue de leur établissement avec des paraphernaux renfermant la dot : la donation serait absolument valable et sans réserve. Mais dans l'espèce « la femme avait épuisé le droit, consacré par l'article 1556 du Code civil, dans les contrats de mariage de ses enfants », elle ne pouvait procéder à de nouvelles libéralités.

Cette doctrine qui permet, sans restriction, la donation pour l'établissement des enfants de paraphernaux représentant la dot devrait, à plus forte raison, être admise par ceux qui, tout en repoussant le système de l'inaliénabilité absolue à titre gratuit, reconnaissent dans ce cas à la femme un droit de prélèvement auquel elle ne peut pas

(1) Note sous D. 69.2.1.

renoncer en principe. La Chambre civile de la Cour de cassation adopta ce dernier système : elle cassa l'arrêt de Toulouse le 12 avril 1870 (1) et renvoya l'affaire devant la Cour de Montpellier. Après avoir reconnu la représentation de la dot par les immeubles litigieux, la Cour suprême concluait « qu'il résulte de là, non point que les immeubles fussent indisponibles et inaliénables, mais uniquement qu'ils étaient grevés de la créance dotale entre les mains de la femme, comme ils *auraient été grevés de l'hypothèque légale* entre les mains du mari et par conséquent que la femme ne pouvait en être dessaisie ou s'en dépouiller qu'à la charge et sous la réserve de cette affectation ».

Cet arrêt reconnaît donc la parfaite validité de la donation.

Mais l'acte qui constate cette donation du paraphernal frappé de dotalité mobilière est-il, à vrai dire, dans son intégralité un acte de donation ? N'y a-t-il pas dans cette disposition une double opération qui se rattache précisément au caractère mixte de l'immeuble ? Cet immeuble en effet est dotal à concurrence des deniers dotaux qui ont servi à son acquisition et paraphernal pour une quote-part indéterminée. Or ne peut-on pas soutenir que l'aliénation ne se fait à titre gratuit que pour cette quote-part et que le donataire devient acquéreur à titre onéreux de la partie dotale de l'immeuble pour un prix égal à la somme de deniers employés.

Résultat véritablement bizarre au point de vue pratique, mais rien dans la doctrine jurisprudentielle ne vient détruire cette prétention, bien au contraire, elle admet que

(1) *Loc. cit.*, S. 70.1.185 et D. 69.2.1.

vis-à-vis des donataires, la femme « a un droit de créance à la faveur duquel elle peut reprendre sur la valeur des immeubles la dot ou les deniers dotaux dont lesdits immeubles étaient le gage et la représentation ». Or cela ne revient-il pas à dire que si le paraphernal représentant la dot peut théoriquement être aliéné à titre gratuit, pratiquement les donataires n'acquièrent que l'excédent de sa valeur sur le montant de la dot, c'est-à-dire la quote-part purement paraphernale. Et cette théorie paraît mettre d'accord les principes, car elle respecte l'inaliénabilité de la dot, tout en reconnaissant à la femme le droit de disposer librement d'un bien paraphernal.

3^e POINT. — *Du droit de saisie des créanciers.*

a) *Créanciers du mari.* — La Cour suprême reconnaît-elle aux créanciers du mari le droit de saisir le bien acquis en emploi des deniers dotaux ?

Ces deniers dotaux constituaient avant leur transformation un élément du patrimoine du mari : ils étaient par conséquent le gage de ses créanciers (art. 2093, C. civ.). La même raison qui pousse la jurisprudence à donner au mari le droit d'aliéner seul l'immeuble qui nous occupe conduit, semble-t-il, à reconnaître aux créanciers du mari le droit de saisie.

La Cour de cassation (1) a cependant refusé de valider la saisie opérée par les créanciers du mari sur un immeuble acheté en commun par les deux époux et dont la femme avait payé sa part au moyen de deniers dotaux. Les créanciers du mari ne sont pas les créanciers de la femme et n'ont aucun droit sur la part qui lui appartient

(1) Cass., 4^{er} décembre 1886, S. 88.1.143 et note de Labbé.

dans l'immeuble. *A fortiori* n'auront-ils aucun droit sur l'immeuble acheté pour la totalité par la femme au moyen des deniers dotaux. Sans doute on admet que le mari peut aliéner cet immeuble substitué à la dot mobilière. Mais le droit de saisie, nous l'avons dit (1), n'est pas le corollaire indispensable du droit d'aliénation. Ainsi si le mari peut, à raison de ses larges pouvoirs d'administration, aliéner les créances dotales et les meubles dotaux corporels, ses créanciers n'ont aucun droit sur ces biens : leur situation est identique au regard de l'immeuble qui les représente.

b) Des créanciers de la femme. — 1° Reconnaissance du droit de saisie sous réserve du droit de prélèvement de la femme. — En accordant à la femme le droit d'aliéner le paraphernal renfermant des valeurs dotales la jurisprudence devait également donner à ses créanciers le droit de saisir ce bien.

Ce point n'est plus contesté aujourd'hui, il n'en a pas cependant toujours été ainsi : M. Bertauld (2) a combattu la saisissabilité, sous prétexte de rétablir, après la séparation de biens, l'égalité de traitement entre les immeubles et les meubles. « Pourquoi, disait-il, le placement immobilier des deniers dotaux ne serait-il pas aussi inviolable que le placement mobilier ? . Pourquoi des créanciers qui n'ont pas la femme dotale pour obligée pourraient-ils lui faire subir comme femme dotale, l'épreuve de conversions de placements contre lesquelles elle serait abritée, si elle n'avait immobilisé sa dot ? — Lorsqu'il est fait des deniers dotaux un emploi mobilier, la dot court les chances heureuses ou malheureuses des

(1) Voir 1^{re} partie, ch. I, sect. I, p. 13.

(2) *Rev. crit.*, 1866, p. 493 et suiv. en note dans S. 67,2.317.

placements : pourquoi le placement immobilier serait-il soumis à une autre loi ? »

Cette argumentation tombe si l'on admet, comme nous l'avons fait, que la théorie de la représentation des valeurs dotales s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles.

On a de bonnes raisons, tirées de la jurisprudence elle-même, pour admettre le droit de saisie des créanciers de la femme.

Un immeuble a été acquis au nom d'une femme dotale à la fois avec des deniers paraphernaux et des deniers dotaux en vertu d'une clause d'emploi insérée au contrat de mariage. Cet immeuble, paraphernal jusqu'à concurrence des deniers extra-dotaux, est dotal et d'une dotalité parfaite, telle qu'elle pèse sur les immeubles, à concurrence des deniers dotaux. Les créanciers de la femme peuvent-ils saisir cet immeuble ?

Oui, répondent les arrêts et les auteurs : « Si ces biens, décide un arrêt de Pau (1) (il s'agissait d'immeubles dotaux pour un tiers et paraphernaux pour le surplus), sont susceptibles d'être partagés de telle sorte qu'on puisse assigner à la femme sa part dotale en nature et abandonner à la poursuite des créanciers la part paraphernale, ce partage doit être opéré et la saisie maintenue uniquement sur cette dernière part ; si le partage en nature n'est pas possible, la force des choses veut que la femme subisse la vente de la totalité, sauf à prélever pour sa dot le tiers du prix et à faire emploi, autrement il faudrait aller jusqu'à cette conséquence exorbitante d'empê-

(1) Pau, 12 août 1868, S. 68.2.299 ; Rouen, 8 août 1850, S. 51.2.704 ; Nîmes, 11 janvier 1882, S. 82.2.137. Cf. Aubry et Rau, V, § 538, p. 610, 611, 616 et note 39 ; Guillouard, IV, n° 2100.

cher l'exercice du droit des créanciers sur la partie non dotale d'un immeuble impartageable par cela seul que cet immeuble serait affecté de dotalité pour une quote-part, si minime qu'elle fût. Ce serait étendre les effets du régime dotal à des biens qui n'y sont pas soumis et appliquer le principe de l'inaliénabilité de la dot à une chose reconnue paraphernale. »

Or les droits que les créanciers de la femme ont sur l'immeuble pour partie paraphernal et pour partie dotal doivent pouvoir *a fortiori* s'exercer sur l'immeuble affecté pour partie de dotalité mobilière et pour l'excédent paraphernal. Cet excédent ne saurait devenir dotal sans porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; c'est donc le gage des créanciers, et comme on ne conçoit pas la saisie de la plus-value d'un immeuble, il faut bien, si l'on ne veut pas méconnaître les droits des créanciers, leur permettre de saisir et de faire vendre la totalité de cet immeuble.

C'est l'espoir de la plus-value qui constitue l'intérêt des créanciers, et par suite leur droit à saisir, et comme avant l'adjudication, on est dans l'incertitude sur le produit éventuel de la vente, le tribunal ne saurait annuler la saisie sous prétexte de défaut d'intérêt. C'est ce qu'a jugé la Cour de Rennes le 30 novembre 1899 (1) « considérant qu'il serait téméraire d'affirmer dès à présent que le prix d'adjudication n'atteindra pas l'estimation qui en a été faite ; que le contraire peut se produire, et que cette éventualité suffit pour justifier l'intérêt à continuer la poursuite de saisie commencée ».

Mais pour le cas où l'événement viendrait à tromper les

(1) *Gaz. Pal.*, 1900.1.5.

prévisions des créanciers, ou même en supposant que certains, sans espoir de collocation, veuillent néanmoins exproprier l'immeuble acquis en emploi des deniers dotaux ou reçu en paiement de la dot, n'est-il pas prudent de leur imposer certaines mesures pour assurer le remboursement intégral de la dot ?

La jurisprudence pense généralement que la dotalité renfermée exige cette restriction à la saisie. « Les hésitations des arrêts, dit M. Chauveau (1), ne portent que sur le choix du procédé le meilleur pour assurer le recouvrement des valeurs dotales. »

Certaines Cours ont exigé le remboursement intégral de la dot avant l'adjudication, tirant ainsi de l'idée de gage un véritable droit de rétention au profit de la femme (2).

La Cour de Bordeaux, le 14 mai 1857 (3), exigea non plus le remboursement, mais la consignation préalable du montant de la dot « distraction faite de toutes les charges ».

D'autres arrêts (4) exigent des créanciers la promesse de faire porter le prix d'adjudication à une somme suffisante pour couvrir la dot et même une caution, en imposant au poursuivant au cas d'insuffisance du prix d'adjudication de « compléter lui-même le remboursement » (5).

La Cour de cassation ne s'est pas explicitement pro-

(1) En note dans *Pand.*, 95.2.241, col. 2.

(2) Montpellier, 18 février 1853, S. 53.2.173.

(3) S. 57.2.547. — V. aussi Aix, 6 janvier 1890, S. 90.2.154.

(4) Caen, 27 décembre 1860 et 18 mars 1861, S. 61.2.284; Agen, 13 août 1891, D. 92.2.569.

(5) Grenoble, 4 mars 1868, S. 68.2.207.

noncée sur la question. Toutefois le 16 mars 1897 (1), la Chambre civile cassa un arrêt de Montpellier « en ce sens que l'arrêt attaqué a omis d'examiner s'il n'y avait pas des mesures à prendre pour assurer à la femme sur le prix des immeubles saisis le recouvrement de sa dot ».

Imposer toutes ces obligations, dira-t-on, c'est consacrer une véritable insaisissabilité dans tous les cas où la valeur totale de l'immeuble ne serait pas très supérieure au montant des sommes dotales employées à son acquisition. Quel est, en effet, le créancier qui oserait dans de telles conditions assumer les risques d'une voie d'exécution, susceptible d'entraîner pour lui cette conséquence étrange de le constituer débiteur de son propre débiteur ?

Dans le système qui ne voit qu'un paraphernal dans l'immeuble représentant les deniers dotaux, ces mesures ne s'expliquent que par le mobile qui dicte tous les actes de la jurisprudence : la protection de la femme dotale.

Et cependant ces restrictions au droit de poursuite des créanciers se comprennent lorsque la portion paraphernale de l'immeuble est d'une valeur peu appréciable. C'est à cette portion seule qu'ils peuvent s'attaquer : or son existence, jusqu'alors virtuelle, n'est établie que lorsque le prix d'adjudication est supérieur au montant des deniers dotaux. Il est donc logique de demander dans ce cas aux créanciers de garantir à la femme le remboursement intégral de ces deniers sur le prix d'adjudication, et s'ils se refusent, c'est qu'ils doutent que le prix d'adjudication soit supérieur ou même égal à la somme des deniers employés, qu'ils avouent que la paraphernalité

(1) S. 97.1.263.

de l'immeuble sur laquelle ils fondaient leur droit n'existe pas et que par conséquent ce droit lui-même n'est pas justifié (1).

On ne peut raisonner de même au cas où le montant des deniers employés est notoirement inférieur à la valeur réelle de l'immeuble : là, la paraphernalité est bien établie, certaine, et rien ne peut empêcher les créanciers d'exercer leur droit pour déterminer le quantum de cette paraphernalité qui est leur gage.

En fin de compte, la jurisprudence, de même qu'elle permet à la femme dotale d'aliéner le paraphernal affecté de dotalité mobilière soit à titre onéreux soit à titre gratuit, concède, en prenant toutefois certaines précautions, aux créanciers de la femme le droit de poursuivre ce même paraphernal.

Mais dans tous les cas, une condition essentielle est imposée : la somme des deniers dotaux qui est incorporée au bien doit ressortir absolument intacte du prix de l'aliénation volontaire ou forcée ; la femme séparée de biens, ou le mari avant la séparation en prélèvera le montant à l'encontre des créanciers hypothécaires et même, suivant certains arrêts que nous examinerons plus loin, avant les créanciers privilégiés.

2° *De la nature du droit de prélèvement de la femme.* —

Le fait est tangible, nous le comprenons, mais quel motif ou raison juridique donner pour en expliquer l'existence, d'où vient à la femme ce droit de préférence ?

L'arrêt de la Cour suprême du 12 avril 1870, cité plus haut (2), disait en parlant des immeubles du mari, dont la femme séparée de biens s'était rendue adjudicataire,

(1) Cf. Aix, 6 janvier 1890 *in fine*, S. 90.2.88.

(2) Voir p. 100, note 1.

qu'« ils étaient *grevés de la créance dotale* entre les mains de la femme comme ils auraient été *grevés de l'hypothèque légale* entre les mains du mari si l'acquisition avait été faite par ce dernier ».

On a donc voulu voir dans l'hypothèque légale de la femme qui grevait cet immeuble entre les mains du mari, la source de son droit de préférence : cette hypothèque, simplement paralysée par consolidation lorsque la femme réunit sur sa tête les qualités de créancière et de propriétaire, renaît avec toute son énergie lorsque la femme est elle-même expropriée par ses créanciers personnels. C'est qu'en effet la femme dotale ne peut avoir perdu son hypothèque légale inaliénable (1) et l'oppose avec succès à ses propres créanciers.

Ce n'est que dans le cas d'adjudication sur saisie d'un immeuble du mari au profit de la femme que la persistance de l'hypothèque légale pourrait être admise : elle obtient une collocation dans l'ordre qui garantit l'indépendance de son droit. Mais on ne saurait expliquer de même le cas où l'immeuble du mari est purement et simplement donné en paiement des reprises de la femme après séparation de biens. Il y a eu extinction de la créance par la dation en paiement, et de l'hypothèque comme conséquence de la règle : « *Accessorium principale sequitur.* »

On a prétendu, il est vrai, que la femme ne pouvait pas renoncer par l'acceptation d'une dation en paiement à son hypothèque légale. « Si la femme, *constante matrimonio*, ne peut aliéner ni directement ni indirectement son hypothèque légale, elle n'est pas plus apte à consentir cette aliénation par un contrat envers elle et son mari,

(1) Planiol, en note dans D. 96.1.315, col. 1.

qu'entre elle et toute autre personne » (1). A cette argumentation ne peut-on pas répondre que si la femme dotale séparée a le droit de recevoir librement le paiement de sa dot, elle a bien la faculté d'éteindre par là sa créance dotale en restitution et avec elle l'hypothèque qui l'accompagne et la protège ? On avoue d'ailleurs qu'il est difficile d'expliquer juridiquement l'attribution à la femme d'un privilège sur son propre immeuble (2).

Il est vrai que, dans certains cas, la loi reconnaît une hypothèque sur soi-même, par exemple au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué (art. 1251-2^o, C. civ.) ; il n'en reste pas moins, en principe, qu'on ne peut avoir une hypothèque sur sa propre chose.

Pour éviter le reproche d'enfreindre ce principe, on a cherché à expliquer la persistance de l'hypothèque légale par la dualité des patrimoines de la femme dotale. « Ne pourrait-on pas dire, a-t-on prétendu (3), que l'immeuble donné en paiement de la dot mobilière n'entrant point dans le domaine dotal, il ne s'opère pas de consolidation extinctive de l'hypothèque et que dans le domaine paraphernal, il reste grevé de l'hypothèque légale qui le frappe dans les mains du mari. » Nous retrouvons cette thèse dans l'arrêt de la Cour de Rennes du 30 novembre 1899 (4). Une femme dotale avait reçu un immeuble en paiement de ses reprises et cet immeuble avait été exproprié par ses créanciers. La Cour jugea « que la femme

(1) Lisbonne, en note dans S. 53.2.673.

(2) Escavy, p. 115, *in fine* ; Regnault, *loc. cit.*, p. 111, *in princip.*

(3) En note dans D. 54.2.205.

(4) *Gaz. Pal.*, 17-18 décembre 1899.

évincée par l'effet de cette poursuite peut faire valoir sur le prix de l'immeuble le droit d'hypothèque légale qui n'a pas cessé de lui appartenir par le paiement de ses reprises et dont l'exercice n'était que provisoirement suspendu ».

Cette explication de la dotalité renfermée ne satisfait pas l'esprit et ne peut d'ailleurs s'appliquer à tous les faits. Même au cas de séparation de biens, elle ne s'appliquerait pas à l'hypothèse où la dot serait incluse, comme cela est possible, dans des *meubles* donnés en paiement par le mari. De plus, dans le cas où un immeuble est acquis de deniers dotaux ou donné en paiement par un tiers, et dans celui où la femme succède au constituant débiteur de la dot, la persistance de l'hypothèque légale ne se conçoit pas, pour la bonne raison que le paraphernal qui contient la dot n'a jamais appartenu au mari. Cela est si exact que dans un de ces derniers cas, la Cour de Rouen, le 31 janvier 1894 (1), a refusé le droit de prélèvement à une femme dotale pour ce motif, entre autres d'ailleurs, qu'elle n'avait jamais eu d'hypothèque légale sur les biens litigieux. Dans l'espèce, la mère du mari avait hypothéqué certains de ses immeubles à la garantie de la dot que devait restituer son fils. Ce dernier étant tombé en faillite, la caution réelle donna à la femme dotale, en paiement de ses reprises, quelques-uns des immeubles en question : ces immeubles ayant été saisis par les créanciers de la femme, celle-ci invoqua à leur encontre son droit de prélèvement. L'arrêt de Rouen, confirmé par la Chambre des requêtes, débouta la femme, « attendu qu'elle n'a jamais eu d'hypothèque légale sur

(1) S. 96.1.509 et la note, D. 96.1.169 et la note ; *Pand.*, 96.1.321 et la note de M. Lambert.

les biens donnés en paiement qui n'étaient pas la propriété de son mari », et, il ajoutait que « l'hypothèque conventionnelle stipulée à son profit s'est éteinte avec l'obligation principale ». Ainsi, fait remarquer M. Lambert, « la demanderesse en cassation se prévalait d'une situation qui ne s'était produite qu'à partir du jour où elle avait acquis les immeubles, objet du litige, et on lui répond qu'elle ne peut plus réclamer le bénéfice d'une sûreté réelle qui a cessé d'exister à cette même date ». Cette décision montre bien que le droit de prélèvement ne peut pas s'expliquer par la persistance de l'hypothèque légale, hors le cas d'adjudication sur saisie.

Toutefois, si de cet arrêt nous tirons la conclusion que le droit de prélèvement ne s'explique pas dans tous les cas par la persistance de l'hypothèque légale, il n'en reste pas moins évident que la jurisprudence paraît admettre une grande analogie entre ce droit de prélèvement et l'hypothèque légale, puisque dans notre espèce elle refuse à la femme le droit d'exercer son prélèvement pour la simple raison qu'elle ne peut invoquer l'existence de l'hypothèque légale à son profit sur les immeubles saisis.

Mais pour les raisons que nous avons indiquées, nous écartons l'identification du droit de prélèvement avec l'hypothèque légale. Faudra-t-il donc reconnaître à la femme une créance privilégiée naissant à son profit pour garantir la dot incluse ? Non, on nous a toujours enseigné qu'il n'y avait pas de privilège sans texte, et jusqu'à nouvel ordre cet axiome nous paraît incontestable.

C'est d'ailleurs l'opinion des auteurs : « Ce prélèvement, dit M. Lespinasse (1), ne s'opère pas en vertu d'un

(1) *Rev. crit.*, 1880, p. 446.

privilège que la loi ne mentionne nulle part et dont il ne subit pas la condition ordinaire, savoir l'inscription sur les registres publics ». On ne saurait, en effet, comparer à la publicité des privilèges la publicité restreinte créée par la jurisprudence, et celle-ci ne peut organiser sans loi les formes d'où dépend l'effet des actes juridiques à l'encontre des tiers.

Nous nous rattachons plutôt au système préconisé par M. Lambert (1). Après avoir fait allusion aux difficultés d'ordre théorique et pratique auxquelles se heurte l'interprétation donnée par la jurisprudence du droit de prélèvement, M. Lambert ajoute : « Je repousse cette interprétation surtout parce qu'elle a son point de départ dans la méconnaissance des principes qui servent de fondement à la dotalité renfermée... Par suite des conventions matrimoniales, la personnalité de la femme s'est en quelque sorte dédoublée. Capable en tant que propriétaire de la dot elle est impuissante à renoncer aux droits dotaux contenus dans cet immeuble. La notion de privilège est aussi étrangère aux rapports réciproques des deux patrimoines qui se trouvent réunis dans une même main, sans s'y confondre, qu'aux relations des co-propriétaires entre eux. Ce n'est pas une *créance privilégiée* qui naît de l'immobilisation de la dot mobilière, mais un *droit réel* », et il poursuit : « Titulaire d'un *droit réel principal*, et non accessoire d'une créance, la femme jouira de la situation qui est assurée au co-propriétaire, à l'usufruitier, au titulaire d'une servitude, à quiconque a sur l'immeuble un droit réel et indépendant. L'adjudicataire devra subir l'action en restitution de la dot comme il devra

(1) En note dans *Pand.*, 96.1.324.

subir l'action en nullité ou en rescision intentées du chef de son auteur ».

Ce droit de prélèvement sera donc pour nous un droit réel principal et indépendant qui s'exercera : *sous forme d'action en nullité* au cas d'aliénation volontaire à titre onéreux ou à titre gratuit, et *sous forme de demande en distraction* au cas de saisie du paraphernal représentant la dot.

L'action en nullité, en effet, est la sanction nécessaire, l'accessoire inséparable de l'incapacité d'aliéner. « Dans le cas où la femme a aliéné un immeuble dotal, dit M. Magnol (1), la nullité lui donne le droit de recouvrer *erga omnes* l'immeuble lui-même... Lorsqu'elle a acquis un bien avec des deniers dotaux, ou l'a reçu en paiement de sa dot mobilière, elle a par là même aliéné une valeur indisponible (2), mais rien qu'une valeur. Cette valeur se trouve incorporée dans cet immeuble : invoquer la nullité de cet acte de disposition n'est pas autre chose pour la femme que de demander à recouvrer ce qui était indisponible, c'est-à-dire reprendre la valeur dotale. »

Le droit de prélèvement pourra donc être exercé par les mêmes personnes que l'action en nullité d'une femme dotale. Avant la séparation de biens, la demande sera formée par le mari. La séparation de biens prononcée, la femme recouvrera l'administration de ses biens et l'exercice de l'action en nullité. Enfin, le mariage dissous, le droit appartiendra à la femme ou à ses héritiers.

Au cas de saisie, le prélèvement de la femme s'exerce

(1) *Etudes sur les effets de la séparation de biens sous le régime dotal*, p. 106.

(2) Par suite de l'incapacité dont la femme est atteinte relativement aux biens dotaux.

non plus sous la forme d'une action en nullité, mais sous la forme d'une demande en distraction. La femme demande à distraire ses deniers dotaux comme elle ferait pour un immeuble dotal englobé dans une saisie d'immeubles paraphernaux. M. Planiol (1) est explicite sur ce point; après avoir repoussé l'idée de faire du droit de la femme un privilège, il s'exprime ainsi : « C'est bien plutôt une sorte de *demande en distraction* par laquelle elle soustrait aux poursuites de ses créanciers une valeur qui n'est pas saisissable. »

3^o *Du conflit entre le droit de prélèvement de la femme et le privilège de certains créanciers.* — Mais n'est-il pas certains créanciers contre lesquels la femme ne pourra pas se prévaloir de son droit ?

Il est des cas où la loi reconnaît aux créanciers de la femme dotale le droit de poursuivre sur les biens dotaux l'exécution de ses engagements : ils peuvent les saisir comme les paraphernaux (2). S'ils ont un tel droit sur les biens affectés de dotalité dans leur pleine propriété, on ne saurait le leur refuser sur des valeurs dotales, lors même qu'elles seraient renfermées dans un paraphernal, c'est ce que nous avons décidé plus haut. Il faut enlever à la femme son droit de prélèvement à l'égard des créanciers qui sont en droit de saisir les biens dotaux, et indiquer les créanciers qui jouissent du droit de saisie sur ces biens, c'est désigner en même temps ceux qui n'ont pas à souffrir du concours de la femme. Il suffit uniquement d'étendre les règles de la dotalité pleine et entière à la dotalité renfermée.

S'agit-il de créanciers antérieurs au mariage, dont la

(1) En note dans D. 96.1.315, col. 1.

(2) Montpellier, 6 janvier 1896, *Mon. jud. Midi*, 6 janvier 1896.

créance est dûment constatée, ou de ceux envers lesquels la femme dotale s'est obligée par ses délits, voire ses quasi-délits (1), la jurisprudence leur donne pleine liberté et refuse ainsi à la femme l'exercice de son droit de prélèvement à leur encontre.

Elle admet presque toujours la même solution lorsque la femme se trouve en concours avec certains créanciers privilégiés de l'article 2101 du Code civil (2).

Mais que décider pour les privilèges spéciaux du vendeur, du co-partageant, de l'architecte ou de l'entrepreneur des constructions édifiées sur le fonds dotal ?

La question est intéressante et mérite d'être posée.

Le conflit se présente entre le vendeur et la femme au cas où l'immeuble acquis a été payé en partie avec des deniers dotaux et est resté impayé pour le surplus.

Le droit de reprise de la femme peut-il s'exercer au préjudice du vendeur resté créancier d'une partie du prix, ayant saisi et fait vendre l'immeuble, ou bien le droit de la femme s'effacera-t-il devant le privilège ?

La solution ne paraît pas avoir été donnée catégoriquement par la jurisprudence, mais les tribunaux ont eu à envisager des cas à peu près similaires.

Il s'agit du cas où un immeuble a été acheté par la femme pour servir de remploi à des deniers dotaux qui ne représentent qu'une partie de la valeur de l'immeuble : ce bien est dotal jusqu'à concurrence du remploi effectué et paraphernal pour le surplus. Dans cette situation, nous l'avons déjà vu, le bien acquis par la femme, si du moins

(1) Cass., 29 mars 1893, S. 93.1.288 ; 3 mai 1893, S. 93.1.363 ; Agen, 20 décembre 1893, S. 94.2.250.

(2) Riom, 8 août 1843, S. 44.2.590 ; Limoges, 28 mai 1863, S. 63.2.140 ; Aubry et Rau, t. V, p. 615, § 538, texte et note 33.

la partie dotale n'est pas matériellement séparable, peut, en principe, être saisie en entier et vendue à la requête du créancier de la femme, mais sur le prix d'adjudication la femme peut prélever les fonds dotaux qu'elle a remis pour être l'objet d'un emploi (1).

En est-il ainsi dans notre hypothèse ?

On a soutenu que la femme a comme dans le cas précédent le droit de prélever sur le prix d'adjudication un droit de prélevement opposable au vendeur (2).

La jurisprudence elle, au contraire a maintenu au profit du vendeur l'exercice du privilège sur l'immobilier vendu : le vendeur ne peut se voir exposer la dotale partielle de l'immobilier sur lequel il a un privilège. Il doit être payé avant la femme (3).

La Chambre des requêtes a admis également l'exercice du privilège du co-partageant sur l'immobilier total remis à la femme à la suite d'un partage ou d'une liquidation (4).

Sur l'exercice du privilège du constructeur sur le fonds total ayant été reconnu par le Cour d'Aix, le 10 juillet 1899 (5).

1 Rouen, 8 août 1830, S. 31.2.704 ; Pau, 12 août 1868, S. 68.2.299 ; Aubry et Rau, t. V, p. 610, 611, 616, § 338.

2 Wahl, note sous Grenoble, 20 février 1891, S. 95.2.289. — Vigie, *Rev. crit.*, 1897, p. 490 et note sous Nîmes, 11 janvier 1882, S. 82.2.137.

3 Cass. req., 31 juillet 1900, S. 1901.1.353 ; Nîmes, 11 janvier 1882, précité ; Aix, 20 janvier 1894, S. 94.2.72 ; Rouen, 8 août 1894, S. 95.2.245, note et renvois.

4 Cass., 18 novembre 1895, S. 97.1.65 ; Guillonard, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 300 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtis et Surville, *Contrat de mariage*, t. III, n° 1680, p. 357 ; Vigie, *loc. cit.*, 1897, p. 473. — Contra : Wahl, note sous Cass., 18 novembre 1895, précité.

5 *Pand.*, 1900.2.129 et note Henry, D. 1900.2.244 et note de Loynes ; Paris, 11 avril 1850, S. 51.2.163 ; Baudry-Lacantinerie, Le

A ce système de la jurisprudence, on a fait plusieurs objections.

« Il serait injuste, prétend M. Wahl, que le privilège du vendeur mit celui-ci vis-à-vis de la femme dans une position meilleure que les autres créanciers de la femme dotale : le privilège n'est qu'un droit de préférence, il ne sert qu'à éviter le concours des créanciers d'un rang inférieur, il ne confère aucun droit particulier vis-à-vis du débiteur, le créancier privilégié, comme le créancier chirographaire, agit par voie de saisie à l'égard du débiteur : donc, dans la mesure où la saisie est interdite aux créanciers chirographaires de la femme dotale, elle doit être également défendue aux créanciers privilégiés. »

A cette objection, M. Albert Tissier (1), répond : Ce n'est pas le droit de poursuite qui est en cause, mais bien le privilège du vendeur, du co-partageant ou du constructeur. « Il n'y a pas dans les privilèges que la loi donne à ces créanciers un droit de préférence à l'encontre d'autres créanciers, il y a une affectation spéciale sur un immeuble basée sur ce qu'ils ont fait entrer l'immeuble dans le patrimoine de leur débiteur auquel ils ont prêté la valeur. Cette affectation spéciale les permet de saisir l'immeuble, de le faire vendre et de se faire payer sur le prix sans avoir à s'occuper des droits que toutes autres personnes pourraient avoir à réclamer. Quand le créancier privilégié veut saisir le fonds dotal et qu'on lui oppose l'inaliénabilité de ce fonds, c'est en vain qu'il se

Courtois et Surville, *Cont. de mar.*, loc. cit., p. 358 ; Vigé, loc. cit. ; Charmont, *Rev. crit.*, 1901, p. 79. — Contra : Toulouse, 25 février 1855, S. 55.2.611 ; Caen, 19 et 20 juillet 1896, S. 97.2.261 ; Wahl, sous Grenoble, 26 février 1894, précité.

(1), Cass. req., 31 juillet 1900, S. 1901.1.385.

fection spéciale résultant de son privilège qu'il prétend écarter l'exception de dotalité. Et quand il s'agit des cas où le conflit n'existe que sur l'attribution du prix, c'est bien en vertu de son droit de préférence sur le prix que le vendeur cherche à écarter le droit de prélèvement que la femme prétend exercer pour la conservation de sa dot. C'est toujours son privilège que le vendeur ou le co-partageant invoque soit comme droit de suite pour écarter l'obstacle de l'insaisissabilité de la dot, soit comme droit de préférence pour écarter la prétention de la femme au prélèvement de sa dot sur le prix de l'adjudication. Dans le cas de dot renfermée dans un immeuble, n'est-ce pas un droit de préférence que la jurisprudence accorde à la femme à l'égard de ses propres créanciers à l'effet de retirer, de reprendre sa dot sur le prix de son immeuble acquis avec des deniers dotaux ? En tant qu'il s'agit de ses biens dotaux, la femme a des droits qu'elle peut opposer aux créanciers avec qui elle a contracté ; les vendeurs, co-partageants, constructeurs ne peuvent la repousser qu'en invoquant les garanties spéciales de paiement que la loi a établies à leur profit sous forme de privilèges immobiliers.

« C'est donc bien une question de privilège. Nous admettons, qu'en principe, les privilèges immobiliers grèvent les biens dotaux. Il ne saurait suffire, pour les écarter, d'opposer que le principe est dans l'article 1554 du Code civil et que la loi ne distingue pas le vendeur des autres créanciers ; la question est précisément de savoir si la règle n'est pas ici dans l'article 2103 du Code civil, et si le vendeur, le co-partageant et le constructeur n'ont pas, par suite de cette règle, plus de droits que n'en auraient d'autres créanciers. »

On a bien essayé, pour trancher la difficulté, de rechercher si la créance du vendeur n'est pas antérieure au moment où l'immeuble est entré dans le patrimoine de la femme. Si ce point de vue était exact, il est incontestable que le privilège du vendeur serait opposable à la femme, car les droits réels qui grèvent un immeuble devenu ultérieurement dotal subsistent avec toutes les prérogatives qui y sont attachées : une convention de dotalité qui est étrangère aux tiers bénéficiaires de ces droits réels ne peut leur faire perdre les droits qu'ils ont acquis antérieurement sur l'immeuble (1).

Or, la Cour d'Aix (2) considère que le privilège n'est autre chose que la rétention d'une fraction de propriété de l'immeuble ; l'immeuble est aliéné, moins le privilège.

M. Wahl (3) s'applique à réfuter cette manière de penser en démontrant que le privilège n'est établi comme sûreté qu'après la translation de propriété et la dotalité de l'immeuble.

Mais M. Tissier (4) repousse l'une et l'autre doctrine. « C'est le même acte juridique, dit-il, qui a fait naître en même temps le droit de propriété de la femme, le caractère dotal du bien, la créance du vendeur et le privilège qui la garantit. La question de priorité des droits du vendeur ou de ceux de la femme reste entière. »

Un troisième système établit deux catégories de privilèges :

Le privilège est-il une création de la loi qui naît indépendamment de la volonté des contractants, l'inaliénabi-

(1) Rouen, 6 juillet 1843, S. 43.2.32.

(2) 20 janvier 1894, précité, S. 94.2.72.

(3) En note dans S. 93.2.289.

(4) *Loc. cit.*, en note dans S. 1901.4.383.

lité de la dot ne pourra être opposée aux créanciers qui en bénéficient ?

La créance, au contraire, est-elle le fait du *consensus* des contractants, le titulaire verra se dresser devant lui le droit de la femme ?

Pour faire cette distinction on s'est prévalu de la jurisprudence, d'après laquelle les biens dotaux de la femme peuvent être saisis pour ses délits ou pour les dettes de la succession dans laquelle ces biens se trouvaient compris (1). Mais on se pose la question de savoir si la Cour de cassation a voulu dans les différents arrêts qu'elle a rendus en cette matière établir un tel critérium. C'est douteux, et comme le dit M. Wahl (2), si elle admettait d'une manière générale ce prétendu principe, « pourquoi aurait-elle restreint aux biens de la succession la saisissabilité pour la dette du droit de mutation, aux biens imposés à la contribution foncière la saisissabilité pour le paiement de cette contribution et aux biens vendus ou partagés la saisissabilité pour la créance du vendeur ou du co-partageant. »

M. Tissier, lui (3), cherche la solution de la question, non dans les textes, mais dans des considérations de raison et d'équité. « Il faut se placer au point de vue des deux institutions, celle de la dotalité et celle des privilèges immobiliers. On constate alors que les motifs qui ont fait admettre les privilèges immobiliers existent dans notre hypothèse comme dans toutes les autres où il y a vente, partage, plus-value résultant de constructions ; il y a à la base de la loi sur ce point une idée d'affectation

(1) Note sous Limoges, 16 juin 1860, S. 61.2.330.

(2) Note sous Cass. req., 18 novembre 1895, S. 97.1.65.

(3) Voir note précitée, S. 1901.1.385.

spéciale, de corrélation et d'indépendance entre l'acquisition et le privilège, un acquéreur ne peut prétendre invoquer l'acte de vente ou de partage comme l'ayant rendu propriétaire et le repousser comme ne créant pas de privilège (V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. I, 2^e édit., n° 600). Cette idée conserve toute sa force quand le bien acquis est dotal. D'autre part, et tout au contraire, les motifs qui ont fait introduire les règles tout exceptionnelles de la conservation de la dot ne se retrouvent plus ; il s'agit ici pour la femme de ne pouvoir acquérir sans payer le prix de ses acquisitions ; l'inaliénabilité de la dot n'est pas dirigée contre ceux qui font entrer les biens dotaux dans le patrimoine de la femme ou en augmentent la valeur ; elle n'a pas pour but de permettre à la femme d'accroître son patrimoine dotal en se soustrayant aux charges corrélatives de ces accroissements ; elle doit l'empêcher de diminuer sa dot, et non lui permettre de s'enrichir aux dépens d'autrui » (1).

Rien de plus facile que de concilier les deux choses, conservation de la dot au profit de la femme et existence du privilège au profit du créancier, dans le cas de constructions sur le fonds dotal : le privilège en effet ne s'exerce que sur la plus-value de l'immeuble ; la femme devra donc respecter ce droit qui ne peut atteindre le fonds constituant le gage de sa dot.

Mais peut-on décider de même dans le cas où le prix d'un immeuble ayant été payé en partie avec des deniers dotaux le surplus du prix n'a pas été payé ? Non, car le privilège du vendeur s'étend à tout l'immeuble.

(1) Bertauld, *Quest. prat.*, t. I^{er}, n° 640 ; Labbé, note sous Cass., 23 novembre 1883, D. 86.1.5.

Pourra-t-on admettre, dans notre espèce, que si la femme a imprudemment acquis un immeuble beaucoup au-dessus de sa valeur réelle, et n'en a payé qu'une partie avec ses deniers dotaux, le vendeur resté créancier du surplus du prix puisse absorber le prix de la revente, tandis que la femme perdra sa dot ? Sans doute la femme a le droit d'acquérir, mais il s'agit de savoir si les obligations qu'elle a contractées à raison de ses acquisitions peuvent grever sa dot préexistante.

« Ici, ajoute M. Tissier, réapparaît le principe du régime dotal, la protection accordée à la femme contre son imprudence, sa prodigalité et sa faiblesse. Le vendeur a su qu'elle avait payé une partie de son prix avec des deniers dotaux ; il a su que la dot ne pouvait être compromise par l'effet des obligations contractées par la femme. »

Et ce raisonnement amène M. Tissier à dire que puisqu'il est impossible de reconnaître à la femme un droit de prélèvement préférable au droit du vendeur, puisqu'on ne peut établir la priorité au profit de l'un d'eux, puisque leurs droits sont également sacrés, eh bien, au lieu de chercher à s'exclure, ils s'exerceront concurremment.

« Dans le prix de l'adjudication sur saisie, on fera deux parts proportionnellement à la partie dotale et à la partie paraphernale de l'immeuble : une part formera le prix de la partie dotale, l'autre étant le prix de la partie de l'immeuble non dotale. La première part reviendra à la femme exerçant la reprise de sa dot ; la deuxième au vendeur privilégié. Si la revente a eu lieu dans de mauvaises conditions, ils en souffriront également tous les deux. »

Cette combinaison est très ingénieuse, et elle a ce

grand avantage d'offrir un terrain d'entente aux divers systèmes que nous avons passés en revue et de respecter et concilier les droits de chacun, mais elle laisse place à un reproche sérieux qui suffit pour la tenir à l'écart : c'est qu'elle ne s'appuie sur aucun élément juridique et qu'elle sacrifie dans certains cas, un privilège admis et établi par la loi : aussi lui préférons-nous le système préconisé par la jurisprudence.

§ 3. — Du tempérament apporté en faveur des tiers
à la règle de la dotalité renfermée.

Conditions de publicité. — Notre étude de la condition juridique du paraphernal renfermant une valeur dotal mobilière nous conduit à penser que si la théorie de la jurisprudence sauvegarde fort bien les droits de la femme dotal, elle est en revanche extrêmement *dangereuse* pour les tiers.

La clandestinité de la dotalité renfermée peut en effet leur causer un grave préjudice : la femme paraissait avoir un paraphernal et puis, au cas de saisie, elle venait prélever avant ses créanciers ou concurremment avec eux les deniers dotaux qui y étaient contenus.

Le danger était particulièrement grave dans le cas où la dotalité renfermée se produisait par dévolution héréditaire. Voici par exemple, une personne qui était débitrice d'une dot de 100.000 francs, constituée en argent ; elle meurt sans avoir payé sa dette et a pour héritière la femme dotée. Cette femme créancière recueille dans la succession de sa débitrice à la fois, et la *dette* et un *immeuble*. Ce bien représente la dot mobilière qui a été constituée à la femme, mais rien ne venant révéler aux

tiers cette affectation spéciale, il peut se produire ce fait que, la femme empruntant 120.000 francs avec hypothèque sur cet immeuble, ait le droit, au cas de vente de ce bien, de prélever sur le prix par préférence aux créanciers hypothécaires les 100.000 francs nécessaires pour fournir à son mari le montant du capital dotal devenu exigible, en donnant pour raison qu'il représente la dot.

C'eût été là un résultat bien regrettable, qui allait à l'encontre du but qu'avait poursuivi le législateur en faisant une loi spéciale, la loi du 10 juillet 1850 pour protéger les tiers contre les surprises du régime dotal. Le seul examen du contrat de mariage des époux ne permettait pas aux personnes qui désiraient traiter avec eux de se rendre compte dans tous les cas de la dotalité mobilière qui affectait le paraphernal, et elles pouvaient ainsi, malgré leur prudence, être victimes d'un fait qu'elles n'avaient pu prévoir ni vérifier.

Malgré la force de ces considérations, quelques Cours d'appel du Midi (1) dans tous les cas jugèrent que la représentation d'une valeur dotale par un paraphernal était toujours opposable aux tiers.

Mais cette prétention fut bientôt abandonnée, la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 juin 1891 (2), refusa de pousser aussi loin sa protection en faveur de la femme dotale : « Pour que l'inaliénabilité de la dot puisse être invoquée contre les tiers qui ont contracté de bonne foi avec la femme, dit le rapporteur, au moins faut-il, si l'on veut laisser aux transactions quelque degré de sûreté, que ces tiers aient eu les moyens de vérifier la con-

(1) Toulouse, 13 mars 1890, D. 90.2.343 ; Montpellier, 24 mars 1892, S. 96.1.73 ; Toulouse, 27 juin 1892, S. 93.2.188.

(2) S. 93.1.5 et la note de Labbé.

dition privilégiée des biens qu'ils achetaient ou qu'ils acceptaient en garantie du prêt de leurs capitaux. »

Ainsi quand la femme viendra en concours avec d'autres héritiers, l'acte de partage qui formera leur titre est tout indiqué pour recevoir la mention et l'annonce de la dotalité renfermée. De même en cas de legs, c'est le testament qui pourra fournir cette preuve. Mais dans l'hypothèse où la femme est seule héritière, la condition de publicité ne sera-t-elle pas un obstacle à l'inclusion de la dot ? Quelques auteurs l'ont cru : « De l'acquisition de l'immeuble recueilli dans la succession du débiteur de la dot, dit M. Labbé (1), il ne sera dressé aucun acte. Les effets réels de cette indisponibilité demeurée obscure ne peuvent se produire à l'encontre des tiers. »

Mais M. Vigié (2) apporte un remède à cet état de choses en indiquant que la femme pourra toujours exercer son droit de prélèvement si elle a eu soin de faire la déclaration de dotalité renfermée lors des contrats qu'elle a passés avec les tiers. Comme le dit la Cour de Pau (3) qui condamna la femme pour ne l'avoir pas fait « dans les divers actes qu'elle a souscrits, l'intimée aurait dû prévenir les prêteurs et alléguer cette affectation spéciale qu'elle allègue aujourd'hui ».

La jurisprudence impose donc à la femme une véritable obligation de publicité pour lui permettre d'exercer son droit de prélèvement à l'égard des tiers. Sur ce point il est permis de penser depuis deux arrêts de la Chambre civile en date du 26 novembre 1895 (4), que la tradition

(1) En note dans S. 93.1.5.

(2) *Rev. crit.*, 1897, p. 491, note 1.

(3) Pau, 2 juin 1896, S. 96.2.216.

(4) S. 96.1.73.

va se répandre parmi les Cours et les tribunaux. Déjà la Cour de Pau, saisie d'un renvoi par la Chambre civile, se conforma à la doctrine de la Cour suprême par l'arrêt précité du 2 juin 1896.

Les conditions de publicité seront donc les mêmes au cas de remploi (art. 1435, C. civ.) et de dotalité renfermée par suite de l'acquisition d'un immeuble avec des deniers dotaux, et on ne pourrait plus admettre, comme on l'avait jugé, qu'au cas où les déclarations prescrites pour le remploi n'ont pas été observées, s'il n'y avait pas dotalité proprement dite, il y avait au moins dotalité renfermée (1). « Cette dotalité imparfaite admise par la jurisprudence, dit M. Planiol (2), est soumise à des conditions de publicité tout à fait comparables à celles qui régissent le remploi des véritables biens dotaux : il faut des déclarations de l'origine des deniers et de la destination du bien nouveau. »

La publicité que nous venons d'examiner brièvement a fait disparaître les inconvénients les plus graves de la dotalité renfermée, et en prenant cette mesure, la Cour suprême paraît avoir construit une théorie donnant satisfaction à tous les intérêts pratiques, puisque tout en sauvegardant l'intérêt de la femme et de ses enfants, elle ménage l'intérêt des tiers.

L'étude aussi complète que possible que nous venons de faire nous permet maintenant de voir ce que veut dire le principe de la représentation d'une valeur dotale dans les paraphernaux et d'envisager la condition toute spéciale de ces biens qui, en dehors de toute prévision du

(1) Bordeaux, 14 mai 1857, S. 57.2.547 ; Agen, 23 août 1891, S. 93.2.97.

(2) En note dans D. 96.1.315, col. 2.

contrat de mariage, sont acquis en emploi de deniers dotaux ou reçus en paiement de la dot.

Pour nous résumer, ces biens ne sont ni dotaux ni paraphernaux, ils jouissent d'une condition particulière, *sui generis*, qu'on peut définir par cette formule : « Ces biens entrés dans le patrimoine de la femme par suite de l'acquisition avec des deniers dotaux ou d'une dation en paiement de la dot constituée en argent, ne sont soumis aux règles ordinaires des paraphernaux quant à l'administration, la saisie et l'aliénation que dans la mesure où ne s'en trouve pas compromise la valeur dotale qu'ils représentent » (1).

(1) M. Pilon, *Cours de licence*, année 1900-1901, à la Faculté de Caen.

CHAPITRE III

EXAMEN CRITIQUE DES ARGUMENTS DONNÉS EN FAVEUR DE LA THÉORIE JURISPRUDENTIELLE.

La théorie de la jurisprudence, sur la représentation d'une valeur dotale dans les paraphernaux dont nous venons d'étudier le principe et les applications, est aujourd'hui aussi ferme que celle de l'inaliénabilité de la dot mobilière dont elle est la conséquence et le complément.

On peut même dire que la Cour de cassation, en décidant qu'au cas où le *remploi* (et non plus l'emploi) est fait en biens autres que ceux prévus par le contrat de mariage, ces biens ne sont pas dotaux, mais cependant représentent la dot (1), a étendu la théorie au delà de son domaine primitif d'application.

Il nous reste un dernier point à traiter : c'est d'apprécier cette théorie. Tâche bien délicate et périlleuse, car, il y a suivant le point de vue auquel on se place, des arguments décisifs pour la critiquer ou pour la défendre.

Il est donc de toute nécessité avant de prendre parti, d'examiner avec soin les arguments que l'on a fait valoir de part et d'autre.

(1) 1^{er} août 1900, précité, p. 76 (2^e partie).

SECTION I. — Exposé des arguments.

En faveur de la théorie de la jurisprudence sur la dotailité renfermée on a fait valoir des arguments d'ordre économique, d'ordre historique, et d'ordre juridique.

1° *Arguments d'ordre économique.* — Les arguments d'ordre économique sont ceux qui paraissent avoir le plus influencé la jurisprudence ; elle s'est laissée entraîner par le courant qui déjà l'avait conduit à décréter le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière. On a pensé qu'il était bon de sauvegarder la dot, malgré les transformations que peuvent subir les éléments dont elle se compose. C'était poursuivre un but conforme à l'idée de protection à laquelle répond le régime dotal ; c'était se mettre en règle avec la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière. A quoi, en effet, aurait servi de proclamer ce principe, si l'inaliénabilité dans la mesure relative où elle existe, n'était pas à l'abri des modifications qui peuvent se produire dans la composition de la dot.

2° *Arguments d'ordre historique.* — D'ailleurs, ajoutent les partisans de cette thèse, ici, comme pour la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière proprement dite, la jurisprudence n'a pas innové. L'idée d'un bien recélant sans les absorber des valeurs mobilières traitées autrement que lui n'était pas inconnue dans l'ancien droit : elle n'a fait qu'appliquer et rajeunir un principe déjà admis.

C'est en raisonnant de la même façon qu'on avait pu, dans l'ancien droit, en matière de communauté, maintenir l'indépendance des meubles et acquêts d'un côté et

des propres de l'autre. Par exemple, l'héritage qu'une personne avait de son vivant retiré par retrait lignager était délégué à l'héritier des propres « tellement il était affecté à la famille », mais à la condition que cet héritier payât à l'héritier des acquêts, dans l'an et jour du décès de leur auteur, le prix de cet héritage qui en somme se trouvait par voie d'achat entre les mains du défunt (1).

« Dans l'hypothèse de l'article 139 de la Coutume de Paris, a dit M. Lambert (2), il est vrai, l'indisponibilité pesait sur l'immeuble, les deniers employés demeurant libres, tandis que dans l'hypothèse de la dotalité renfermée l'inaliénabilité frappe les valeurs mobilières, l'immeuble restant disponible. Mais le principe d'où découlent ces deux applications est unique : des droits indivis ou distincts peuvent coexister sur un bien, non seulement au profit de divers individus, mais aussi en faveur de plusieurs universalités juridiques dont la réunion forme une même fortune. »

On trouve encore, a-t-on prétendu, une application de l'idée qu'on vient d'émettre et en même temps l'origine de la théorie de la dotalité renfermée dans le système de la *dotalité subsidiaire* des anciens Parlements.

En droit romain, la dot pouvait être constituée pendant le mariage : « *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium, et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest* » (Paul, *Sent.*, 2, 21 B. 1) ; il suit de là qu'elle pouvait aussi être augmentée pendant le mariage. Dès lors, les choses données en paiement de la dot ou achetées avec celle-ci pouvaient être rendues dotales par un pacte.

(1) Art. 139 de la Coutume de Paris, 469 de la Coutume de Normandie et 383 de la Coutume d'Orléans.

(2) En note sous *Pand.*, 96.1.322, col. 2.

Le Code civil prohiba cette faculté (art. 1543) et de plus décida en conformité avec le principe de l'immuabilité des conventions matrimoniales posé par l'article 1395 du Code civil que l'immeuble acquis des deniers dotaux ne serait pas dotal, si la condition de l'emploi n'avait pas été stipulée par le contrat de mariage (art. 1563 du Code civil).

Il importait, en effet, de mettre fin à la controverse qui s'était élevée dans l'ancien droit sur la *nature dotale* ou *paraphernale* des acquisitions faites à l'aide de biens dotaux, lorsque aucun pacte réglant leur condition n'était intervenu.

La difficulté naissant de l'antinomie que paraissaient présenter sur ce point divers textes du Digeste. Si d'une part, en effet, la loi 54 du Digeste *de jure dotium* 23.3, décide dans le sens de la dotalité d'une façon très générale, *res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur*, d'autre part, la loi 12 du Code, *eod. tit.*, 5.12, déclare que le fonds acheté par le mari avec de l'argent dotal n'est pas dotal.

L'ancienne jurisprudence dans les Parlements de Toulouse et d'Aix notamment (1) concilia les lois 54 du Digeste et 12 du Code à l'aide de la *théorie de la dotalité subsidiaire*.

La loi 54 du Digeste, dit-on, vise comme la loi 12 du Code l'acquisition faite par le mari en son nom ; la fiction de dotalité de cette loi se réfère au cas d'insolvabilité du mari et d'insuffisance de ses biens pour remplir la femme de sa dot.

« Le fonds qui est donné au mari dans une estimation,

(1) Cf. Cass., 20 février 1849, S. 49.1.243 ; Montpellier, 21 février 1851, S. 53.2.683.

n'est pas dotal, dit Julien (*Jurispr.* 1.4.20). Il n'est dotal que *subsidiairement* (1). Le mari en est l'acheteur et débiteur du prix. Mais si c'est une somme d'argent qui est constituée en dot, en paiement de laquelle un immeuble est cédé au mari, on ne peut douter que l'estimation n'opère la vente et ne rende le mari l'acheteur du fonds, s'il n'y a pas de clause contraire dans le même acte. Sur le même principe, le fonds acquis par le mari des deniers de la dot n'est pas dotal. La propriété en appartient, non à la femme, mais au mari. *Il n'est dotal que subsidiairement.* »

Cette dotalité subsidiaire apparaît au jour où le mari étant devenu insolvable, la femme veut recouvrer sa dot : on lui permet en ce cas, avec Harménopule, Bartole et Cujas, d'exercer une *rei vindicatio utilis* sur les choses achetées avec l'argent dotal (2).

L'intérêt des créanciers du mari ou du tiers possesseur n'est pas entièrement sacrifié. « Mais je croy, dit Catelan (*Arrests*, p. 84), qu'en ce cas il faut donner aux créanciers l'option de payer la dot à la femme et retenir par ce moyen le fonds dans la distribution et allouer par privilège sur tous les biens du mari pour cette dot le créancier qui l'aura payée. »

Ce serait donc une théorie semblable qui aurait été reprise par la jurisprudence.

3° *Arguments d'ordre juridique.* — Enfin, au point de vue juridique, on a placé la source du système de la dotalité renfermée dans la théorie de la *subrogation réelle*.

C'est cette idée, a-t-on dit, qui anime l'esprit du texte

(1) Serres, *Inst.*, 2.8, p. 134 ; Catelan, *Arrests de Toulouse*, 4.32, p. 82 ; Soulatges, *Cout. de Toulouse*, p. 273.

(2) Julien, *Elém. de jurispr.*, I, 4, n° 21 ; Serres, *Inst.*

de l'article 1553 du Code civil. « On interprète parfois l'article 1553, écrit M. Lambert (1), comme destiné à écarter l'application de la subrogation réelle au régime dotal. C'est lui faire dire tout le contraire de ce qu'il dit effectivement. Ce texte est, au contraire, la mise en œuvre de la règle *subrogatum capit naturam subrogati*. Il soustrait l'immeuble ainsi acquis au régime d'inaliénabilité absolue édicté pour les immeubles dotaux. On ne pouvait, en effet, l'y soumettre sans méconnaître à la fois l'immuabilité des conventions matrimoniales et la nature de la subrogation réelle, en entourant l'immeuble d'une protection qui était refusée aux meubles auxquels il est subrogé. »

C'est donc bien l'idée de la subrogation réelle qui domine l'article 1553 du Code civil, et qui, par contre-coup, commande la théorie de la dotalité renfermée.

Pour arriver à ce résultat, on a raisonné de la façon suivante :

La femme dotale voit sa fortune se scinder en deux patrimoines très distincts, subissant une condition juridique différente, vivant d'une vie propre et entre lesquels existe une limite infranchissable : d'une part, il y a le patrimoine *paraphernal* que la femme *affecte* à l'exécution de ses obligations, d'autre part, il y a le patrimoine *dotal* qui est un patrimoine mis en réserve : il est affecté à la sécurité de la femme et de ses enfants ; il est la ressource suprême de la famille. « Ce qui constitue la dot, nous dit M. Labbé (2), c'est un ensemble de biens ayant une destination commune et qui sont sus-

(1) En note sous *Pand. fr.*, 1896. 4.321.

(2) Labbé, *Rev. crit.*, 1856, t. II, p. 16.

ceptibles d'être remplacés par d'autres biens recevant la qualité ou la destination des premiers. »

Par suite, la dot étant « un ensemble de biens ayant une destination commune », étant un patrimoine, forme une universalité juridique; or d'après l'adage mis en faveur par les glossateurs : « *In iudiciis universalibus res succedit loco pretii et pretium loco rei* », lorsque dans une universalité juridique une chose est aliénée, la chose reçue en échange est considérée comme prenant dans cette universalité juridique la place et la qualité de la chose échangée, comme y étant *subrogée réellement* « *subrogatum capit naturam subrogati* ».

Donc le bien acquis, en dehors des précisions du contrat de mariage, en emploi de deniers dotaux ou reçu en paiement de la dot prend la qualité de celle-ci, c'est-à-dire devient inaliénable et insaisissable dans la mesure où la dot mobilière qu'il représente l'est elle-même : sinon il y aurait rupture de la limite qui doit exister entre le patrimoine dotal et le patrimoine paraphernal. Par ce moyen l'équilibre est maintenu ; dot et paraphernaux vont subsister côte à côte et les conventions matrimoniales seront respectées. Il y avait une dot mobilière, il y a toujours une dot mobilière, mais elle est représentée par un immeuble qui emprunte aux deniers dotaux leur qualité de chose dotale mobilière. Cet immeuble, comme dit M. Stora (1), est frappé « de dotalité mobilière ».

La théorie de la représentation d'une valeur dotale dans les paraphernaux ne serait dès lors qu'une application nouvelle par la jurisprudence de la théorie de la subrogation réelle.

(1) Stora, *loc. cit.*, p. 285.

Tels sont les principaux arguments qui ont été invoqués en faveur de la jurisprudence.

SECTION II. — Critique de ces arguments.

L'exposé qui précède permet d'entrevoir immédiatement le point faible de l'argumentation sur laquelle s'appuie la théorie de la jurisprudence ; le silence que ses partisans observent à l'égard des textes est éloquent.

Et, en effet, c'est sur le terrain du droit positif que l'on a attaqué la jurisprudence et que l'on a soutenu (1) que sont paraphernaux les biens qui, en dehors des prévisions du contrat de mariage, sont acquis avec des deniers dotaux ou reçus en paiement de la dot.

D'abord on a fait remarquer que l'article 1553 déclare que le bien acquis en emploi des deniers dotaux, lorsque la clause d'emploi ne figure pas au contrat de mariage *n'est pas dotal*. Or, s'il n'est pas dotal, dit-on, il ne peut être que paraphernal, puisque sous le régime dotal le législateur ne reconnaît à la femme que deux catégories de biens : les biens *dotaux* et les biens *paraphernaux* ou *extra-dotaux*. Partant, il est soumis à toutes les règles qui gouvernent les paraphernaux. Il est de libre disposition entre les mains de la femme qui peut même l'aliéner à titre gratuit : il est le gage saisissable des créanciers de la femme qui en a la jouissance et l'administration. Elle profite des plus-values et subit les dépréciations : en un mot il est à ses risques.

(1) Guillouard, *Contr. de mar.*, t. IV, 474 et 743 ; Jouitou, *Régime dotal*, I, n° 90, p. 106 ; Auzouy, *De la transformation de la dot sous le régime dotal*, thèse, Paris, 1895, n° XIX, p. 102, n° XXIII, *in fine*, p. 114 ; Colmet de Santerre, VI, n° 225 bis, V.

Dans cette théorie on ne tient aucun compte du fait que l'acquisition de la femme a été réalisée au moyen des deniers dotaux. On traite l'immeuble de la femme comme si des deniers quelconques du mari avaient servi à en payer le prix. Le mari demeure débiteur de la somme constituée en dot : il est dans la situation d'un tiers qui aurait fait une avance de fonds à la femme ; elle lui en devra la restitution ou récompense, sans qu'on puisse opposer la compensation (1).

Aucun texte ne permettait à la jurisprudence de décider autrement et de créer des biens paraphernaux d'une espèce particulière. En le faisant la jurisprudence s'est donc substituée au législateur : elle a cédé à un courant d'idées qui l'a emportée au delà du Code civil.

On ne saurait voir non plus dans la théorie de la dotalité subsidiaire l'origine du système de la jurisprudence sur la dotalité renfermée. En effet, la dotalité subsidiaire pesait exclusivement sur certains biens du mari, la dotalité renfermée ne s'étend pas en dehors du patrimoine. Il n'existe donc entre ces deux théories qu'un rapport purement extérieur : la nécessité, en vue de laquelle l'une et l'autre ont été créées, de protéger la femme contre les conséquences de la transformation de sa dot (2).

D'ailleurs, il semble que le texte de l'article 1553 du Code civil ait été précisément dirigé contre l'ancienne pratique de la dotalité subsidiaire. Il en résulte en effet très nettement que, dans le cas où aucune clause d'emploi n'est contenue dans le contrat de mariage, le bien acquis en emploi des deniers dotaux n'est pas dotal. Or

(1) Stora *loc. cit.*, p. 283.

(2) Montpellier, 21 février 1851, S. 53.2.683.

n'a-t-il pas voulu par là, écarter une théorie aussi contraire aux principes traditionnels du régime dotal que l'était la théorie de la dotalité subsidiaire ?

Quant à la théorie de la subrogation réelle dont on fait si grand cas, on ne peut nier que son application en l'espèce ne soit fort ingénieuse et d'une appréciable utilité pour l'explication de certains faits admis par la jurisprudence : aussi, si celle-ci ne proclame pas d'une manière positive et absolue qu'elle a trouvé le fondement de son système sur la dotalité renfermée dans l'idée de la subrogation réelle, il semble avéré qu'elle s'en est souvenue (1).

Mais précisément rien aujourd'hui n'est plus contesté que l'existence dans notre droit d'une théorie de la subrogation réelle s'appliquant *ipso jure* à tous les cas où il y aurait universalité de biens.

Non seulement on prétend que l'adage *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii* n'a pas trouvé place dans l'esprit du législateur, mais en outre, l'Ecole allemande proclame depuis longtemps que cette ancienne maxime n'a jamais été connue des Romains : elle aurait été inventée par les glossateurs Bartole et Jean Fabre par suite d'une interprétation inexacte des textes du « Digeste » et des « Institutes » (2).

Mais, même en admettant que le Code civil ait consa-

(1) Les auteurs qui combattent ou exposent la doctrine jurisprudentielle l'ont si bien compris qu'ils qualifient de « subrogation » cette représentation. — Voir Guillouard, *loc. cit.*, t. IV, n° 1742, I ; Lambert, en note dans *Pand.*, 96.1.321.

D'ailleurs, le mot a été employé dans un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1895, D. 96.1.169.

(2) Stora, *loc. cit.*, p. 12 et s. ; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 187 à 193.

cré la théorie de la subrogation réelle, il faudrait arriver à prouver qu'elle trouve son application dans le cas où, en dehors des prévisions du contrat de mariage, la dot mobilière subit une transformation, et pour cela, administrer la preuve que la dot constitue une universalité juridique, puisque la subrogation ne se produit de plein droit que dans les universalités.

Or on admet généralement qu'il n'y a d'autre universalité juridique dans notre droit que le patrimoine et la succession d'une personne décédée, et si, par exemple, sous l'article 747 du Code civil, à propos du droit de retour légal de l'ascendant donateur, on fait application du principe de la subrogation réelle, c'est que le Code civil paraît considérer la succession de l'ascendant aux choses données à son descendant comme une succession à part, c'est la « succession anormale » suivant l'expression consacrée, partant une universalité juridique, mais rien dans la loi n'autorise à en dire autant du patrimoine dotal.

Un grand nombre d'auteurs modernes (1), il est vrai, s'affranchissant de la tradition et du caractère fictif de la subrogation, ont cherché le fondement de cette théorie de la subrogation réelle dans la volonté non seulement expresse, mais simplement présumée des parties : ils ont réduit le problème de la subrogation à une question d'interprétation de cette volonté et ont été amenés à admettre que la convention pouvait créer des universalités de fait. Toutes les fois, ont-ils dit, qu'on se trouve en présence d'un ensemble de biens soumis par la volonté des parties à une *affectation commune*, cette communauté d'affecta-

(1) Saleilles et Tissier, *Revue bourguignonne*, 1893, p. 871 et s. ; Saleilles, note sous Dijon, S. 94.2.183 ; Stora, *loc. cit.*, p. 479.

tion établit entre eux une connexité juridique qui les sépare nettement du reste du patrimoine où ils se trouvent et où ils forment une universalité distincte, ce qui les rend susceptibles d'être remplacés par voie de subrogation.

Et la dot, à leurs yeux, répond à cette définition. M. Labbé nous l'indique en ces termes très explicites : « La dot, c'est un ensemble de biens ayant une destination commune et qui sont susceptibles d'être remplacés par d'autres biens recevant la qualité ou la destination des premiers..., considérés sous le rapport d'une qualité unique, d'une affectation commune aux charges du mariage. C'est là le trait distinctif d'une universalité (*universalitas facti, si non juris*). »

Mais cette thèse du patrimoine d'affectation, de l'universalité de fait n'a que la valeur d'une *tendance doctrinale*, et elle ne peut servir de point d'appui solide à une théorie jurisprudentielle.

Enfin, même en ne contestant pas que la dot soit une universalité juridique, on se heurte encore sur le terrain de la subrogation réelle à une dernière objection. Dans la conception traditionnelle, la subrogation réelle à titre particulier était restreinte aux *corps certains* ; or la jurisprudence admet, dans nos différentes hypothèses, qu'elle s'applique non à un corps certain, mais à une *valeur pécuniaire*, et que, grâce à elle, le caractère d'inaliénabilité et d'insaisissabilité dont cette valeur est affectée, survivra à toutes ses transformations (2).

(1) *Rev. crit.*, IX, p. 45 et 46, nos 30 et 31 (Voir plus haut : Exposé des arguments).

(2) M. Demogue, dans une « Etude de la théorie de la subrogation réelle », *Rev. crit.*, 1901, p. 287, cherche à justifier la théorie de la jurisprudence sur la dotalité renfermée au moyen du principe de l'enrichissement de l'indû.

Reste un dernier argument en faveur de la théorie de la jurisprudence, l'argument d'ordre économique qui, sans nul doute, est le plus puissant et le meilleur. Elle satisfait et concilie deux nécessités contraires : la nécessité artificielle et politique de conserver les biens fonds dans les familles et la nécessité naturelle et économique de la libre circulation des biens.

C'est là sa seule justification, mais il est un reproche sérieux à lui adresser, c'est de ne pas savoir déterminer les limites de son champ d'application.

TITRE II

DEUXIÈME MESURE

DU RANG DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME DOTALE EN CE QUI CONCERNE SA DOT MOBILIÈRE

SECTION I. — Exposé et appréciation de la théorie jurisprudentielle.

Le législateur a, dans un esprit de sagesse, pour contrebalancer l'influence et le pouvoir dont le mari disposait à l'égard des biens propres de sa femme, donné à celle-ci certaines garanties.

En vue de la protéger contre les dangers d'une administration à laquelle très souvent le régime adopté n'avait pu la soustraire (la séparation de biens n'étant pas intervenue à temps), le législateur, s'autorisant d'ailleurs du passé, a fait surgir au profit de la femme une hypothèque légale grevant les biens du mari.

Cette mesure devait, sous le régime dotal, en raison même des motifs qui en dictaient l'adoption, avoir une répercussion plus considérable, une application plus rigoureuse.

Le Code et la jurisprudence avaient déjà répondu à ce besoin en prescrivant que la femme dotale ne pourrait pas renoncer à son hypothèque légale, y subroger ou la céder ; la jurisprudence va plus loin, elle favorise la femme dotale au point de vue du rang de son hypothèque légale.

Comme tout droit accessoire, l'hypothèque ne peut préexister à sa cause. La naissance de l'obligation engendrant la créance, droit principal, provoque l'apparition de l'hypothèque, droit accessoire.

Il est donc de toute nécessité pour connaître exactement la date d'apparition de l'hypothèque, date qui fixe son rang, de déterminer le moment précis de la naissance de la créance dont elle est la garantie.

Ce point a une importance capitale à l'égard des tiers qui ont le plus grand intérêt dans leurs relations avec les époux à être renseignés sur les droits de la femme touchant les immeubles du mari.

Pour laisser le moins de place possible à l'arbitraire dans une matière aussi délicate, les rédacteurs du Code ont jugé bon de prendre des dispositions à ce sujet.

Dans ce but, ils ont écrit l'article 2135 du Code civil.

L'hypothèque légale de la femme existe, dit cet article :

1^o Pour raison de la dot et des conventions matrimoniales, *à compter du mariage* (1) ;

2^o Pour les sommes dotales que la femme a recueillies pendant le mariage par succession ou donation *à partir de l'ouverture de la succession ou du jour où la donation a eu son effet* ;

3^o Pour l'indemnité des dettes contractées par la femme

(1) Nous ne parlerons pas de la controverse qui s'est établie sur le point de savoir si l'hypothèque légale rétroagit au jour du contrat de mariage, lorsque la célébration du mariage a été précédée d'un tel acte ; elle paraît maintenant résolue et nous admettrons avec a plupart des auteurs et la jurisprudence elle-même que l'hypothèque légale de la femme ne peut rétroagir au delà du jour du mariage, cet acte seul étant livré à la publicité (Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 239 note 64 ; Baudry-Lacantinerie, t. III, n^o 1335 ; Thézard, n^o 226 ; Caen, 5 juin 1876 et Ch. des req., 22 janvier 1878, D. 78.1.454).

avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés, à compter de l'obligation ou de la vente.

Cette dernière disposition s'applique-t-elle à la femme mariée sous le régime dotal dont les biens étaient composés de choses fongibles ou ont été soit saisis et vendus en vertu d'obligations contractées par elle et son mari, soit aliénés en vertu du droit d'administration du mari ou sans observation de la condition de remploi mise à son aliénabilité, ou, au contraire, doit-on se rapporter au paragraphe deuxième de l'article 2135 qui contient la règle ?

La question est très controversée, mais la doctrine et la jurisprudence semblent admettre que l'hypothèque légale de la femme soumise au régime dotal doit, dans tous les cas, prendre rang à compter du jour du mariage (1).

Voici quelle est la théorie de la jurisprudence :

L'article 2135-4° du Code civil qui porte que l'hypothèque légale de la femme pour le remploi de ses propres aliénés date du jour de la vente ne s'applique qu'à la femme mariée sous le régime de la communauté : cet

(1) Cass., 3 mai 1853, D. 53.1.138 et note ; Cass., 16 mai 1865, D. 65.1.265 et note ; Riom, 16 juin 1877, D. 78.2.150 ; Nîmes, 28 janvier 1879, D. 80.2.127 ; Toulouse, 18 novembre 1889, D. 90.1.127 ; Cass. civ., 10 février 1892, D. 92.1.118 ; Pau, 31 mai 1893, D. 93.2.10 ; Cass. req., 17 mars 1896, D. 97.1.443 ; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1968 ; Pont, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 767 et suiv. ; Troplong, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 589 bis ; Tessier, *Traité de la dot*, t. II, p. 305 ; Benech, *De l'emploi et du remploi de la dot*, p. 249 et suiv. — *Contra* : Caen, 29 mai 1872, D. 74.2.107 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss. des priv. et hypoth.*, t. II, n° 1489 ; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de droit civil*, t. IX, n° 105, ch. VI.

article ne doit pas être étendu à la femme mariée sous le régime dotal.

En conséquence, lorsque le mari a vendu les immeubles dotaux de sa femme, contrairement à la règle de l'inaliénabilité du fonds dotal ou sans observation de la condition de remploi imposée dans le contrat de mariage, *ce n'est pas du jour de l'aliénation, mais du jour du mariage que prend rang l'hypothèque légale de la femme.*

Tout le système de la jurisprudence trouve son point d'appui dans cette simple considération, que le paragraphe 4 de l'article 2135 du Code civil ne peut concerner la femme dotale.

Mais quels arguments la jurisprudence fait-elle donc valoir pour soutenir semblable prétention ?

Ces arguments sont tirés de l'article 2135 lui-même.

Le législateur, dit la jurisprudence, a commencé par poser une règle générale en décidant que l'hypothèque légale existe « au profit de la femme pour raison de la dot et des conventions matrimoniales sur les immeubles de son mari à compter du jour du mariage », de même que les mineurs et les interdits ont une hypothèque légale sur les biens de leur tuteur *du jour de l'acceptation de la tutelle* (art. 2135-1^o, C. civ.).

Puis, dans le même article, le législateur a apporté au sujet de l'hypothèque légale de la femme deux exceptions à la règle qu'il venait d'énoncer.

La première ne concerne manifestement que les femmes mariées sous le régime dotal, puisqu'il y est question de *sommes dotales* et que sous le régime de la communauté légale les créances de la femme ou les sommes qui lui adviennent à la suite de successions, donations ou legs tombent dans la communauté.

La seconde, au contraire, n'intéresse que la femme mariée sous le régime de la communauté, puisque dans la terminologie juridique, le mot « *propres* », au sens technique, s'entend des biens appartenant à la femme, qui seuls n'entrent pas en communauté, par opposition aux mots « *acquêts et conquêts* », désignant les biens qui font partie de cette communauté, et en outre puisque, soit dans les ouvrages des juristes antérieurs, soit dans le Code lui-même, ainsi que le démontre le texte du Titre V relatif au Contrat de mariage, les biens frappés de dotalité sont compris sous la dénomination de « *fonds dotal* », de « *biens dotaux* », mais ne sont jamais qualifiés de « *propres dotaux* ». la langue juridique usuelle n'ayant jamais associé ces deux mots.

Il est donc incontestable que le législateur qui, dans la première exception ne s'était occupé que de la femme dotale, a voulu parler dans la seconde de la femme commune (1).

Il semble en outre avéré que le « *emploi des propres aliénés* » est un cas particulier au régime de la communauté et ne peut s'entendre du régime dotal. Sous le régime de la communauté, l'aliénation des propres n'ayant rien d'illicite, ne portant pas atteinte au pacte matrimonial, on s'explique que l'hypothèque légale de la femme ait pour point de départ la date de l'aliénation qui rend l'épouse créancière de son mari à partir et par suite de ce fait, qui fait naître de la part du mari une obligation de récompense ou de remploi, vestige du « *remploi de droit* » dont était tenu le conjoint en vertu

(1) Cass., 16 mai 1865, D. 65.1.265.

du régime des anciens Parlements et notamment de la « Coutume de Paris » (art. 232) (1).

Troplong (2), développant cette idée que c'est le fait de la vente qui seul engendre la créance de la femme commune contre son mari, justifie en ces termes la différence établie entre la femme mariée sous le régime de la communauté et celle soumise au régime dotal.

« Le mari, dit-il, qui a vendu le bien propre de la femme commune, n'avait, avant cette vente, contracté envers elle aucune obligation relativement à ce genre de propriété. Ce n'est qu'autant qu'il la force à se dépouiller de son bien qu'il s'oblige à l'en indemniser ; l'aliénation engendre seule l'obligation, et l'obligation donne naissance à l'hypothèque. Au contraire, lorsque le mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat de mariage qui rend le bien dotal inaliénable. Il encourt la responsabilité qu'il avait promise, dès l'instant du contrat de mariage. *L'aliénation ne produit pas l'hypothèque, elle n'est que l'événement qui force la femme à en user.* »

C'est là toute l'argumentation dont se prévaut la jurisprudence pour décider que, sous le régime dotal, l'aliénation du bien dotal demeure soumise au principe contenu dans l'article 2135-2° du Code civil (3).

Pour nous permettre d'apprécier cette théorie et les arguments qu'on invoque en sa faveur, nous nous placerons successivement dans les trois hypothèses suivantes :

(1) Escavy, *loc. cit.*, p. 52 et s.

(2) En note sous Cass., 16 mai 1865, D. 65.1.265, précité.

(3) V. Cass. civ., 10 février 1892, D. 92.1.118 ; Cass. req., 17 mars 1896, D. 97.1.443.

1^{re} *Hypothèse*. — Le mari a les pouvoirs d'aliéner la dot mobilière sans le consentement de sa femme.

2^e *Hypothèse*. — Le mari ne peut aliéner les valeurs mobilières dotales sans le concours de sa femme.

3^e *Hypothèse*. — Le mari ne peut aliéner les biens dotaux sans emploi.

1^{re} HYPOTHÈSE. — *Le mari a les pouvoirs d'aliéner la dot mobilière sans le consentement de sa femme.*

Nous sommes ici dans l'hypothèse normale, c'est-à-dire dans le cas où les époux ont stipulé le régime dotal pur et simple avec une constitution de dot, sans apporter de clauses modificatives au principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière tel que nous l'avons étudié dans la première partie de cet ouvrage.

Les conséquences de cette adoption, nous les connaissons : la jurisprudence confère au mari en vertu de l'article 1549 du Code civil, le droit d'aliéner la dot mobilière de la femme sans le concours de celle-ci et sans être astreint légalement à aucune condition d'emploi ou de remploi ; l'épouse n'a plus alors qu'une créance en restitution de sa dot, inaliénable et insaisissable, et garantie en outre par une hypothèque légale à l'effet de laquelle la femme ne peut renoncer ni subroger.

Dès le jour et par le fait même du mariage, l'époux en vertu de son contrat auquel la célébration civile du mariage donne l'existence, acquiert la libre disposition des valeurs mobilières dotales de la femme, et comme corollaire à ce principe, il semble de toute évidence que le droit de créance de la femme doit naître en même temps que le pouvoir de disposition, cause effective de l'obligation de l'un envers l'autre.

C'est la conséquence forcée du système de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière.

On ne peut en effet admettre que le mari soit libre de disposer sans le concours de sa femme et sans obligation d'emploi (ce qui équivaut de la part de la femme à une véritable aliénation, et il n'y a pas de doute sur ce point lorsqu'il s'agit d'une constitution de dot en argent) de la dot mobilière qui lui est remise et qui très souvent par suite de sa composition peut disparaître sans laisser de trace matérielle de sa transformation, et que cette femme soit privée à ce moment de la seule garantie, parfois même illusoire, qui lui est accordée, son hypothèque légale.

Aussi, tant en doctrine qu'en jurisprudence, ce point n'a jamais été contesté (1).

Il a toujours été admis en principe que l'hypothèque légale de la femme dotale en tant qu'elle intéressait la dot mobilière, rétroagissait au jour du mariage. Et cela est si vrai qu'une opinion déjà ancienne avait même prétendu que le législateur de 1804, en déclarant dans l'article 2135-2° que « l'hypothèque existe au profit de la femme pour raison de sa *dot* et de ses conventions matrimoniales » à compter du mariage » n'avait eu en vue, en se servant du mot *dot*, que la *dot mobilière* de la femme sous le régime dotal. L'hypothèque légale considérée en effet comme garantie de la dot immobilière ne peut se comprendre, « parce qu'il aurait été inconséquent qu'après avoir posé le principe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal dans l'article 1554, la loi eût accordé une hypothèque pour le prix de cet immeuble » (2). La femme en

(1) Cass. civ., 3 mai 1853, D. 53.1.138 ; Paris, 9 février 1856, D. 56.2.295.

(2) Grenoble, 7 avril 1840, D. 41.2.104.

vertu de l'inaliénabilité du fonds dotal était sauvegardée par le droit beaucoup plus sûr de la revendication : lui permettre de recourir à une autre voie eût été l'autoriser à ratifier la vente de son bien dotal (1).

Cette opinion est depuis longtemps abandonnée : l'interprétation qu'elle donne de l'article 2135-2° va manifestement trop loin, puisque s'il était vrai que le législateur ne s'y fût pas occupé de la dot immobilière, il s'en suivrait que la femme dotale serait privée de toute hypothèque légale, à raison du prix de la vente de ses immeubles dotaux, alors même que l'action révocatoire ne pourrait plus être exercée, parce que, par exemple, l'immeuble dotal aurait péri. Or comment soutenir, en pareille circonstance que la femme, dépourvue peut-être de toute autre action, pour ressaisir sa dot, serait moins favorisée que la femme mariée sous le régime de la communauté.

L'article 2135 soulève certes une difficulté, mais qui concerne le rang de l'hypothèque légale et non l'existence de cette hypothèque comme garantie de la dot immobilière indûment aliénée.

Il n'en reste pas moins acquis que la jurisprudence ne soulevait aucune contestation en tant qu'il s'agissait du rang à attribuer à l'hypothèque de la femme comme garantie du paiement de ses reprises dotales mobilières, mais il est utile de faire observer que cette théorie place son point d'appui dans une fausse interprétation du sens à donner au mot *dot* ; le législateur a voulu désigner par

(1) Poitiers, 14 décembre 1830 ; Montpellier, 7 janvier 1831 ; Caen, 11 janvier 1831, 5 décembre 1836, D. 31.2.222 ; 37.2.159. — V. Grenier, *Hypoth.*, t. I, n° 260 ; Bellot, t. I, p. 164 ; Benoît, t. I, n° 261 ; Taulier, t. V, p. 338.

cette expression les biens qui rentrent dans la constitution de dot qui peut être faite soit par la femme, soit par un tiers au profit de celle-ci sous tous les régimes matrimoniaux.

La solution de la jurisprudence est légitime au cas où la constitution de dot ne comprend que des biens présents, mais peut-il en être de même si elle s'applique également aux biens à venir ?

Au regard du mari, la dot mobilière est encore aliénable et la femme ne possède qu'une créance à laquelle est toujours attachée l'hypothèque légale.

Si cette créance tire son origine du fait de l'adoption du régime, si elle englobe du jour même du mariage indistinctement tous les biens présents et à venir compris dans la constitution dotale, elle doit nécessairement appeler à son aide, aussitôt sa naissance, c'est-à-dire dès le mariage, l'hypothèque qui a été créée par le législateur pour la garantir.

Ce principe est juste et logique, en tant qu'il concerne les biens présents, parce que dans ce cas la créance de la femme qui a sa source dans la loi du contrat a un *substratum*, un objet et que l'hypothèque légale ne conserve pas le néant.

Mais si la femme n'a fait aucun apport, si donc la constitution de dot ne comprend que des biens à venir, c'est-à-dire les biens qu'elle pourra-recueillir de successions, de legs ou de donations subséquentes, il est difficile d'admettre ce fait étrange, incompréhensible et exorbitant que l'hypothèque va frapper les immeubles du mari pour assurer à la femme dotale une reprise qui n'a pas encore d'objet.

Le législateur n'a pas voulu consacrer une telle ano-

malie, tout au moins pour la femme mariée frappée d'une incapacité plus restreinte que celle dont sont atteints les mineurs et les interdits (art. 2135-1^o), et dérogeant à la règle qu'il avait énoncée, par application du principe qu'une obligation accessoire ne peut préexister à l'obligation principale, il a décidé dans l'article 2135-3^o du Code civil que l'hypothèque légale ne prend rang, pour les sommes dotales qui proviennent de successions échues à la femme et des donations qui lui sont faites pendant le mariage, pour les biens à venir en un mot, que du jour où ces successions s'ouvrent et où le mari devient responsable des valeurs comprises dans les donations (1).

Et précisément, comme nous l'avons dit en présentant les arguments de la jurisprudence, ce paragraphe de l'article 2135 du Code civil ne peut intéresser que la femme dotale puisque sous le régime de la communauté légale toutes les sommes que la femme recueille à titre gratuit pendant le mariage tombent en communauté.

Dans l'hypothèse que nous venons d'étudier, la jurisprudence paraît donc bien conforme aux principes tirés du Code civil.

(1) Nous nous rangeons à l'avis de MM. Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 241, note 7, qui ne font prendre rang à l'hypothèque légale de la femme que du jour où le mari est devenu responsable des biens donnés : d'où il résulte qu'en cas de donation faite à terme ou sous condition l'hypothèque légale ne daterait qu'à compter de l'échéance du terme ou de l'accomplissement de la condition. — V. Thézard, n^o 226, qui prétend faire remonter l'hypothèque légale dès le jour où la donation est acceptée.

2^e HYPOTHÈSE. — *Le mari ne peut aliéner les valeurs mobilières dotales sans le concours de sa femme.*

En stipulant dans leur contrat de mariage que tous les capitaux mobiliers de l'épouse, ses créances, rentes, actions, obligations et généralement tous ses biens et droits mobiliers quelconques pourront pendant le mariage être touchés et aliénés par le mari sans aucune obligation d'emploi ou de remploi, mais à la seule condition que ces opérations aient lieu avec le concours de la femme, les parties ont voulu, semble-t-il, restreindre les pouvoirs du mari, puisqu'il ne peut plus aliéner sans le concours de sa femme et en même temps enlever au bien dotal son caractère d'inaliénabilité à l'égard de la femme, puisque celle-ci peut en disposer avec l'assistance de son mari. C'est un bien dont la femme s'est réservé la propriété et dont elle a confié l'administration au mari.

Si donc ce dernier avec le concours de sa femme vend une valeur dotale, il aliène purement et simplement un propre de celle-ci, et l'hypothèque légale qui garantit la restitution du prix ne doit dater que du jour de l'aliénation de ce propre, ainsi qu'il est prévu à l'article 2135-4^o du Code civil.

Un tempérament à cette règle doit être apporté à l'égard des objets dotaux corporels (sommes, titres au porteurs, meubles meublants, etc.) dont la vente est protégée par le principe de l'article 2279 du Code civil : « En fait de meubles possession vaut titre. » Pour de tels objets, la femme est, en quelque sorte, à la discrétion du mari : s'il les aliène, ils seront presque toujours perdus pour elle et aucun acte d'ailleurs ne sera dressé

pour constater à quelle époque cette aliénation a été consommée : aussi est-il plus simple d'admettre dans cette hypothèse que l'hypothèque légale qui garantit la restitution de ces objets date du jour du mariage.

Mais doit-on étendre cette solution à tous les cas d'aliénation de biens dotaux mobiliers, ou doit-on se référer à l'exception écrite par le législateur dans l'article 2135-4° ?

La jurisprudence penche vers la première solution : dans tous les cas où il y a vente d'un bien mobilier dotal, que cette vente soit ou non autorisée par le contrat de mariage (1), l'hypothèque légale de la femme doit avoir son effet du jour du mariage.

La Cour de Paris, le 9 février 1856 (2), juge que « lorsque le mari a dissipé les objets mobiliers dotaux dont la femme s'est expressément réservé la propriété, celle-ci a droit pour le recouvrement de sa dot à une hypothèque légale prenant rang au jour même du mariage, et dans les considérants elle formule ce principe « que l'existence de l'hypothèque légale pour la femme dotale résulte d'abord des termes généraux de l'article 2135-2° du Code civil et particulièrement de l'article 1572 du Code civil spécial au régime dotal, lequel porte que la femme et ses héritiers n'ont point de privilège pour la répétition de la dot *sur les créanciers antérieurs à son hypothèque* ; qu'il suit de là que la femme dotale a le droit de réclamer au jour du mariage le bénéfice de l'article 2135-2° pour le remboursement de ses valeurs et capitaux mobiliers qu'elle s'est constitués en dot, *cela sans distinction de nature* ».

(1) Cass. civ., 10 février 1892, D. 92.1.148.

(2) D. 56.2.95

La jurisprudence ne paraît pas s'être déjugée sur ce point et nous adopterons sa solution.

Quelques auteurs (1) prétendent bien que dans ce cas la créance de la femme ne peut naître que du jour où son mari et elles consomment l'aliénation du bien dotal, et qu'en conséquence l'hypothèque légale ne pouvant avoir un autre point de départ que celui de la créance qu'elle garantit doit être régie par l'article 2135-4°. Ils oublient qu'on se trouve en matière de dotalité et que la réserve de propriété de la femme sur les biens qu'elle s'est constitués en dot n'a pas eu pour but d'enlever au régime adopté les principes qui lui sont inhérents et les conséquences qui en résultent.

Le mari, d'après le système de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, est constitué débiteur de cette dot dès le jour même du mariage : il est donc responsable, tenu d'une obligation de restitution à compter de ce jour ; cette obligation dérive de la nature même du régime auquel les parties se sont soumises et prend effet par suite de la célébration du mariage : elle peut être plus ou moins limitée, restreinte par la volonté des contractants, elle n'en existe pas moins et doit être sanctionnée de la même façon, entraîner les mêmes garanties.

Les articles 1564 et 1565 du Code civil obligent le mari, à restituer la dot soit en nature soit en argent : toutes les fois donc que le mari aliène un bien dotal la créance qui naît de cette transformation rentre dans la créance de restitution que la femme dotale possède par suite de sa constitution de dot.

(1) Pont, *Cont. de mar.*, t. I, n° 678 ; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*, ch. VI.

On ne peut non plus objecter que la femme en se réservant la faculté d'aliéner avec son mari ses valeurs mobilières dotales, en voulant conserver un droit de contrôle sur les actes de son mari dont elle amoindrit les pouvoirs à l'égard de ses biens, a entendu diminuer les garanties que le législateur lui a conférées.

Sous le régime dotal la paraphernalité est la règle et la dotalité l'exception, ne l'oublions pas : en stipulant une constitution de dot qu'elle a modifiée dans le sens qui lui a paru bon, la femme n'a pas voulu enlever le caractère de dotalité au bien compris dans cette constitution, bien qu'elle s'est réservé de pouvoir vendre avec son mari, et se priver des sûretés qui étaient établies en sa faveur.

Cette réserve, au contraire, doit être pour la femme dotale un supplément de garantie et ne peut porter atteinte à l'obligation de restitution dont est tenu le mari dès le jour du mariage.

Ces considérations nous portent à approuver la solution adoptée par la jurisprudence dans la deuxième hypothèse.

3^e HYPOTHÈSE. — *Le mari ne peut aliéner les valeurs mobilières dotales sans emploi.*

La femme ne peut avoir recours à l'exercice de son hypothèque légale dans ce cas que si le remploi auquel le mari est astreint en vertu de son contrat de mariage n'a pas été effectué et si le prix a été dissipé.

Nous supposons donc ces deux conditions remplies pour nous poser la question de savoir quel rang sera donné à l'hypothèque légale assurant le paiement de cette créance de la femme ?

L'obligation d'emploi ou de remploi imposée au mari

relativement à la dot mobilière restreint de beaucoup ses droits : elle assimile cette dot à la dot immobilière, elle lui confère le caractère d'inaliénabilité absolue dont est revêtue cette dernière et lui permet même de se confondre entièrement avec elle au cas où l'emploi et le remploi peuvent être faits en un immeuble (art. 1553, C. civ.).

La question du rang de l'hypothèque légale devient plus générale, puisqu'elle embrasse indirectement dot mobilière et dot immobilière.

La jurisprudence, fidèle à sa manière de voir, la tranche dans le sens le plus favorable à la femme : l'hypothèque prend rang à dater du mariage (1).

Les arguments qu'elle fait valoir à l'appui de cette solution sont ceux que nous avons exposés plus haut.

L'article 2135-4° n'a pas été écrit en vue de la femme mariée sous le régime dotal, disent les arrêts, il faut donc se référer au principe qui est contenu dans l'article 2135-2°.

Mais l'opinion divergente repousse ce point de départ de la théorie jurisprudentielle (2).

L'article 2135 ne fait dans son avant-dernier paragraphe, prétend cette doctrine, aucune distinction entre le régime dotal et le régime de la communauté ; si le législateur n'avait eu en vue que la femme commune en biens il s'en fût expliqué, puisque dans le paragraphe précédent en employant cette expression « *sommes dotales* » il désigne manifestement la femme dotale.

Le mot « propres », ajoute-t-elle, que la jurisprudence interprète en faveur de sa thèse, signifie dans le langage

(1) Voir arrêts précités : Cass., 40 février 1892 et 17 mars 1895.

(2) Cass., 29 mai 1872, D. 74.2.407.

usuel tous les immeubles autres que ceux de la communauté, il y a les *propres du mari* et les *propres dotaux* de la femme, et dans l'ancienne Coutume de Normandie, qui était exclusivement dotale, on rencontre le mot « propres » dans les articles 247, 323, 397 et dans l'article 102 des « Placités ».

Enfin, l'hypothèque ne saurait exister avant le fait qui y donne lieu et par conséquent elle ne peut prendre date que du jour où il y a de la part du mari une obligation positive et actuelle : or il n'existe aucun principe d'obligation tant que les biens dotaux restent la propriété de la femme.

C'est sur ce dernier point que cette doctrine est contestable et contestée.

Elle s'abuse, en effet, lorsqu'elle soutient qu'il n'y a de lien d'obligation entre la femme et le mari que par suite de la vente du bien dotal : la clause d'emploi ou de remploi stipulée au contrat de mariage ne crée-t-elle donc pas une obligation de la part du mari à l'égard de sa femme ? Si l'époux aliène sans respecter cette clause, il viole la loi du contrat : c'est donc de ce contrat que naît son obligation et par suite l'hypothèque qui en garantit l'exécution, et non de l'aliénation qu'il a postérieurement consentie ; l'aliénation, nous le répétons, ne produit pas l'hypothèque, elle n'est que l'événement qui force la femme à en user. L'obligation qui a sa cause dans le contrat est pour ainsi dire soumise à une condition suspensive de même que l'hypothèque qui la garantit, si cette condition s'accomplit, elle rétroagit dans le passé au jour du mariage et l'hypothèque a le même sort (art. 1179, C. civ.). Il faut donc décider que l'hypothèque légale doit remonter au jour du mariage en vertu du paragraphe 2 de l'article 2135 du Code civil.

SECTION II. — **Conclusion.**

La théorie de la jurisprudence se justifie donc au point de vue juridique.

Elle répond bien au besoin qui se fait sentir de sauvegarder autant que possible la dot de la femme et s'harmonise avec le système de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière en le complétant et en le fortifiant. Le mari, en effet, peut en vertu des droits qui lui sont reconnus ou au mépris de clauses prohibitives renfermées dans le contrat de mariage aliéner et dissiper la dot de la femme, s'il a des immeubles propres, l'hypothèque légale qui les grève dès le jour du mariage permet à la femme de reconstituer son patrimoine dotal.

Cette reconstitution sera faite, il est vrai, le plus souvent aux dépens des tiers, créanciers du mari, mais ont-ils le droit de se plaindre d'un fait qu'ils pouvaient prévoir et qu'au besoin, certains d'entre eux, auraient pu empêcher de se produire.

TITRE III

TROISIÈME MESURE

DE LA RESPONSABILITÉ DES TIERS AU CAS OÙ LE BIEN DOTAL A ÉTÉ ALIÉNÉ SANS QUE LA CONDITION DE REMploi AIT ÉTÉ EFFECTUÉE

SECTION I^{re}. — La responsabilité des tiers peut-elle être engagée en matière de remploi de la dot mobilière ? — Doctrine jurisprudentielle.

L'habitude s'est répandue dans la pratique de stipuler dans les contrats de mariage une obligation d'emploi ou de remploi sans faire de distinction entre les biens dotaux mobiliers et immobiliers.

Cette clause qui, en matière immobilière, a pour conséquence de rendre à la circulation le bien immobilier, produit un effet tout opposé en matière mobilière : puisque vis-à-vis du mari la dot mobilière est, on peut le dire, aliénable ; lui imposer l'obligation de remploi, c'est entraver sa liberté d'aliéner comme bon lui semble la dot mobilière (1).

Ainsi cette pratique corrige, à notre avis, très heureusement ce qu'a d'excessif la doctrine jurisprudentielle qui donne au mari de la femme dotale des pouvoirs si étendus comme administrateur de la dot.

Elle a un autre avantage : c'est de permettre à la femme séparée de biens qui, d'après la jurisprudence, n'a

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contr. de mar.*, t. III, p. 611 et suiv.

pas comme son mari le droit d'aliéner son mobilier, de vendre ses valeurs dotales déclarées aliénables à condition qu'elle en fasse emploi ou remploi.

Le mari, qui bien entendu est lié par la loi du contrat de mariage, est responsable à l'égard de sa femme du défaut et même de l'insuffisance de l'emploi ou du remploi auquel il est astreint, et cette responsabilité est sanctionnée, nous l'avons vu, par une hypothèque légale que la jurisprudence fait dater du jour du mariage.

Mais cette sanction peut rester sans effet, si le mari ne possède aucun immeuble et s'il est insolvable, la femme doit subir le sort commun : sa créance en reprises est perdue, et le défaut d'emploi ou de remploi est la cause de sa ruine.

En présence de ce résultat, les tiers qui ont traité avec le mari relativement au bien dotal dont l'inaliénabilité était soumise à cette condition d'emploi ou de remploi, n'ont-ils pas eux aussi vis-à-vis de la femme une certaine responsabilité, ne sont-ils pas passibles d'un recours justifié ?

Le Code est muet sur cette question.

Aucun doute n'existe lorsqu'il s'agit de l'immeuble dotal aliénable sous condition de remploi. La vente de l'immeuble dotal, consommée sans que le remploi ait été effectué, est nulle ; le tiers acquéreur a des droits et des devoirs : il doit exiger que l'emploi soit effectué, il doit aussi le surveiller. On a vainement essayé de faire décider que la stipulation d'emploi ne liait que les époux, comme sous le régime de la communauté (1). Mais ce système n'a pas prévalu en jurisprudence : quoique l'a-

(1) Paris, 4 juin 1831, S. 31.2.11.

liénation de l'immeuble soit permise, l'immeuble n'en demeure pas moins dotal. Si la condition apposée à l'aliénation n'est pas remplie, l'aliénation est nulle, comme serait nulle l'aliénation de l'immeuble dotal ; et la nullité étant la même dans les deux cas a les mêmes conséquences (1).

Il n'est pas possible de raisonner ainsi lorsqu'il est question de la dot mobilière.

Certes la responsabilité des tiers ne peut être mise en doute dès l'instant que la clause insérée au contrat de mariage impose expressément aux tiers la surveillance de l'emploi ou du remploi, la volonté clairement manifestée des époux doit produire tout son effet. Une telle stipulation n'a rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs et ne tombe pas sous le coup de la règle : *Res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*, puisque les tiers en prenant connaissance du contrat peuvent s'abstenir (2).

Mais si la disposition qui oblige le mari à faire emploi ou remploi des deniers provenant soit de la constitution de dot, soit de l'aliénation des valeurs dotales est nulle

(1) Toulouse, 23 avril 1817, *S. C. N.*, 17.2.266 ; Paris, 9 juillet 1828, *S. C. N.*, 28.2.114 ; Montpellier, 13 mai 1831, *S.* 31.2.212 ; Cass. rej., 12 décembre 1834, *S.* 34.1.201 ; Grenoble, 7 avril 1840, *S.* 42.2.5 ; Cass., 25 avril 1842, *S.* 42.1.651 ; Paris, 23 mars 1844, *S.* 44.2.131 ; Bordeaux, 1^{er} décembre 1847, *D.* 49.5.340 ; Agen, 28 mars 1852, *S.* 32.2.288 ; Riom, 26 juin 1839, *S.* 40.2.145 ; Rouen, 19 mai 1840, *S.* 40.2.389 ; 5 décembre 1840, *S.* 41.2.71 ; Agen, 5 janvier 1841, *S.* 41.2.639 ; Toulouse, 14 juillet 1852, *S.* 52.2.636 ; Limoges, 14 janvier 1862, *S.* 62.2.344 ; Bordeaux, 29 juin 1874, *Journ. Enregistr.*, 20.226 ; Paris, 11 mars 1886, *Revue hypoth.*, 1886, p. 6 ; Pau, 26 juillet 1886, *Journ. des Conservateurs*.

(2) Paris, 4 juin 1831, précité.

à l'égard des tiers, on se demande si elle leur est opposable ?

Une opinion qui a été partagée par plusieurs Cours (1) repousse une telle prétention.

Elle se base sur les rapports qui existent entre les tiers et le mari relativement aux valeurs mobilières dotales d'après la jurisprudence lorsqu'il n'y a aucune clause d'emploi. Dans ce cas, l'article 1549 du Code civil, que la doctrine jurisprudentielle invoque, permet au mari de toucher et de céder les créances dotales sans condition, comme bon lui semble ; les tiers n'ont alors aucune inquiétude sur le sort des actes qu'ils passent avec lui : c'est au mari seul qu'ils ont affaire et c'est le mari seul qui est responsable vis-à-vis de sa femme.

Si donc une clause d'emploi, dont les termes ne visent aucunement les tiers, vient restreindre les pouvoirs du mari, on peut aisément admettre que cette clause ne règle que les rapports des époux entre eux, que l'administration intérieure de la société conjugale ; et si un doute persiste, il doit disparaître lorsqu'on aura dit que cette stipulation étant une exception apportée à un principe doit être interprétée restrictivement et ne pas être étendue aux tiers.

Il en est ainsi lorsque sous le régime de la communauté les conjoints ont stipulé au profit de la femme commune en biens le remploi des prix de ventes de ses propres, sans stipuler expressément que cette clause était opposable aux tiers (2). Le motif de cette solution est le

(1) Cass., 7 novembre 1854, S. 54.1.705, D. 55.1.26 ; Montpellier, 29 avril 1874, S. 74.2.152, D. 75.2.154 ; — Guillouard, *Contr. de mar.*, t. IV, n° 1798.

(2) Cass., 1^{er} mars 1859, D. 59.1.122 ; Rodière et Pont, *Contr. de*

suivant : sous la communauté, d'une part, le mari administrateur des biens propres de la femme (art. 1428, C. civ.), a en cette qualité le droit de poursuivre le recouvrement des créances de celle-ci et d'en toucher le montant ; d'autre part, les biens de la femme sont aliénables ; en insérant une clause d'emploi ou de remploi, on peut donc penser que la femme « n'a eu d'autre but que de se réserver comme propres les sommes à employer ou de s'assurer le droit d'exiger un remploi immédiat des sommes provenant de l'aliénation de ses propres ; et dans le doute, c'est cette interprétation qu'il faut préférer comme s'éloignant le moins des règles de la communauté légale » (1).

Cette assimilation entre le régime de la communauté et le régime spécial auquel se trouvent soumises les valeurs mobilières atteintes de la dotalité a une réelle valeur, mais elle ne semble pas avoir été consacrée par la jurisprudence (2).

Les tribunaux se plaçant au point de vue de la femme qu'ils sont chargés de protéger, déclarent que la stipulation d'emploi ou de remploi des valeurs mobilières dotales crée relativement à ces biens une inaliénabilité absolue analogue à celle qui caractérise la dot immobilière, et partant de cette idée, ils assimilent les deux dots et leur appliquent les mêmes conséquences au cas où elles sont également aliénables sous condition de remploi.

mar., t. II, n° 699 ; *Aubry et Rau*, t. V, § 510, notes 12 et 13, p. 344 et 345.

(1) *Aubry et Rau, loc. cit.*

(2) *Cass.*, 9 juin 1841, S. 41.1.468 ; *Caen*, 23 mars 1842, S. 43.2.123 ; *Paris*, 23 mars 1844, S. 44.1.131 ; *Paris*, 2 janvier 1858, D. 58.2.4 ; *Cass.*, 1^{er} février 1859, 1.266 ; *Grenoble*, 28 juillet 1856, S. 56.2.137 ; *Bordeaux*, 29 juin 1874, S. 76.2.243.

MM. Aubry et Rau (1) signalent d'une façon bien précise le point de divergence des deux opinions. La théorie jurisprudentielle, disent-ils, dérive d'une confusion entre deux clauses qui doivent être interprétées différemment : la clause d'emploi des deniers dotaux et la clause de remploi du prix d'aliénation des immeubles dotaux. Si cette dernière clause est de sa nature opposable aux tiers acquéreurs, c'est qu'ils sont eux-mêmes obligés de l'invoquer pour défendre leur acquisition et qu'ils ne peuvent la soustraire aux conséquences du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux qu'en acceptant et en exécutant la condition sous laquelle l'aliénation en a été exceptionnellement permise. S'agit-il au contraire d'une clause d'emploi dont les tiers n'ont aucun intérêt à se prévaloir et qui leur est opposée comme restrictive des pouvoirs que le mari tient de l'article 1549 du Code civil, les débiteurs de deniers dotaux sont naturellement en droit de la repousser, si cette restriction ne résulte pas clairement des termes dans lesquels la clause est conçue.

Il est certain que la doctrine dont MM. Aubry et Rau se font les défenseurs est très juridique, mais comme elle ne répond pas suffisamment au but que vise la jurisprudence, elle est mise à l'écart. MM. Rodière et Pont (2) justifient cette manière d'agir, en disant qu'ils ne comprennent pas que le débiteur de la dot puisse en payant sans emploi sacrifier le seul intérêt qu'on a voulu garantir, celui de la femme, mais ils oublient que la clause d'emploi réduite aux seuls rapports des époux entre eux

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 345.

(2) Rodière et Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 699.

ne sera pas toujours dépourvue d'utilité puisqu'elle permettra à la femme de contraindre judiciairement son mari à l'exécution de l'emploi.

SECTION II. — Conséquences de la théorie jurisprudentielle.

Quelles sont donc les conséquences de la théorie jurisprudentielle en cette matière ?

§ 1^{er}. — Tiers acquéreurs ou cessionnaires.

Le silence du Code civil sur les conséquences du défaut de remploi a obligé les tribunaux à y suppléer, en cherchant par analogie la solution des questions litigieuses dans les dispositions de l'article 1560 du Code civil, qui établit la sanction de l'aliénation de l'immeuble dotal en dehors des cas prévus par la loi (1).

Si la jurisprudence, avons-nous dit, a proclamé la responsabilité des tiers dans les cas où le bien dotal a été aliéné sans que l'emploi ou le remploi ait été effectué, c'est qu'elle a assimilé la dot mobilière au point de vue de son caractère d'inaliénabilité à la dot immobilière.

Il est donc un fait certain, c'est que la plupart des décisions qui ont été rendues dans des cas où il s'agissait d'immeubles dotaux aliénables sous condition de remploi sont applicables à l'aliénation des valeurs dotales aliénées sans remploi contrairement à l'obligation insérée au contrat.

(1) Voir pour cette partie, Baudry-Lacantinerie et Le Courtois, *loc. cit.*, t. III, p. 611 et s. ; Benech, *De l'emploi et du remploi* ; Robert, thèse, Paris, 1896, « *De l'emploi et du remploi sous le régime dotal principalement considérés au point de vue de la responsabilité des tiers* ».

La conséquence la plus grave, en jurisprudence, du défaut de remploi ou de l'irrégularité du remploi est à l'égard de l'acquéreur du bien dotal, la nullité de son acquisition.

A défaut de remploi ou en cas de remploi irrégulier du prix de vente, le mari est-il recevable, pendant le mariage, soit à exercer l'action en nullité, soit à demander une seconde fois à l'acquéreur le paiement du prix de la vente ?

Oui, semble-t-il, puisque pendant le mariage c'est lui qui jouit de l'exercice des actions dotales (art. 1549, C. civ.) : l'acquéreur ne saurait repousser le mari en vertu du principe, *quem de evictione...*, car il n'agit pas personnellement, mais comme représentant de la femme. La Cour de Grenoble, le 28 juillet 1865 (1), en a jugé autrement : « Le mari, dit cet arrêt, est tenu plus directement encore que le tiers à se conformer aux prescriptions du contrat de mariage et il ne peut se prévaloir de sa faute au détriment de l'acheteur, et, d'un autre côté, le remploi peut être effectué jusqu'à la séparation de biens ou la dissolution du mariage.

Quant à la femme elle ne pourra intenter cette action qu'après sa séparation de biens ou après la dissolution du mariage, pour cette raison qu'une fois séparée elle aura recouvré l'exercice de ses actions et qu'il peut se faire que la séparation étant prononcée, elle renonce à l'exercer, parce que ses reprises étant liquidées, elle aura reçu satisfaction » (2).

(1) D. 65.2.205. — *Contrà* : Rouen, 21 février 1857, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1857.2.215.

(2) Cass., 12 mai 1840 ; 25 et 27 avril 1842, D. 40.1.225 et D. 42.1.234 et 344 ; Limoges, 24 janvier 1862, D. 62.2.27 ; Trib. Nienne,

Il est deux cas cependant qui en matière de dot mobilière, font échec à l'action en nullité de la femme.

En premier lieu, le tiers acquéreur de bonne foi s'il s'agit d'un meuble corporel pourra se trouver protégé par la règle : « En fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279, C. civ.) : et cette règle s'applique à ceux des meubles incorporels qui se transmettent par simple tradition et dont rien ne vient révéler la dotalité aux tiers, tels que les titres au porteur (1).

En deuxième lieu, même pour ses valeurs mobilières nominatives négociées en Bourse, la femme sera le plus souvent dans l'impossibilité d'exercer un recours contre le tiers acquéreur : d'une part, la nécessité où elle se trouve de recourir aux agents de change pour cette négociation et, d'autre part, l'obligation au secret qui pèse sur ces officiers publics rendront en général toute action impossible contre l'acquéreur des titres négociés, c'est contre l'agent de change chargé de la vente et acquéreur dans la forme qu'elle devra recourir.

Mais rien ne s'oppose à ce que la femme actionne en responsabilité la personne à laquelle elle aurait vendu directement ses titres, sans l'intermédiaire d'un agent de change (2).

Par exception à la règle que nous avons posée plus haut, que la femme ne pouvait intenter l'action en nullité

20 juillet 1864 et Grenoble 28 juillet 1865, *Journ. arr. Grenoble et Chambéry*, 1865.342 ; Caen, 21 juin 1876, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1876.1.236.

(1) Cass. civ., 15 avril 1863, D. 63.1.396 ; Buchère, *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*, 2^e édit., n° 858, p. 451.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, n° 898 ; Cass., 26 mai 1886, S. 86.1.349.

pour défaut de remploi que si elle était séparée, la Cour d'Aix, par un arrêt du 19 mars 1891 (1), a autorisé la femme à poursuivre l'action pendant le mariage lorsque son recours contre le mari pour le contraindre au remploi est illusoire.

Pendant la durée du mariage, avant la séparation de biens, l'acquéreur peut arrêter l'action en nullité, en offrant de payer son prix avec les précautions exigées par le contrat de mariage (2) : dans ce cas, en effet, le remploi peut encore être effectué par le mari et la vente n'est pas nulle.

Mais le mariage dissous ou la séparation de biens prononcée, la question se pose de savoir si les tiers acquéreurs peuvent se soustraire par ce moyen à l'action en nullité.

Certains arrêts décident que non, parce que, d'après eux, le remploi n'est plus possible après la séparation de biens (3).

D'autres donnent une décision contraire.

La Cour de Caen pense notamment que le tiers acquéreur peut offrir à la femme qui demande la nullité de la vente de faire le remploi, les juges peuvent même dans ce cas, lui impartir un délai (4).

La solution dépend donc de celle qui sera donnée à la question de savoir si le remploi peut être fait après sé-

(1) D. 92.2.343.

(2) Grenoble, 16 août 1832, D. 32.2.112 ; Bordeaux, 27 novembre 1841, *Journ. arr. de Bordeaux*, 1841.585 ; Rouen, 19 mars 1867, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1857.2.218.

(3) Lyon, 15 novembre 1842, D. 43.5.341 ; 24 mars 1847, D. 48.2.103.

(4) Cass., 30 avril 1849, D. 52.2.194 ; Bordeaux, 21 août 1848, D. 49.2.40.

paration de biens. La Cour de cassation paraît s'être rangée du côté de l'affirmative, après avoir consacré la négative (1).

Le même doute existe sur le point de savoir si le remploi est possible après la dissolution du mariage. La situation dans ce cas est bien différente et l'article 1435 du Code civil, applicable aussi bien au régime dotal qu'au régime de la communauté, fournit un appoint à la théorie qui est d'avis que le remploi ne peut être effectué le mariage dissous. Les termes dont le législateur s'est servi paraissent précis : « Si elle (la femme) ne l'a pas accepté, *elle a simplement droit*, dit l'article, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu », ce qui semble bien indiquer qu'elle n'a pas le droit d'opérer le remploi (2) : après cet événement, il est d'ailleurs trop tard pour créer la dotalité.

En tout cas si l'acquéreur du bien dotal, responsable du défaut de remploi, est tenu de payer les intérêts du prix d'acquisition dont il ne s'est pas trouvé libéré, il ne doit point la plus-value résultant de la hausse de la rente française depuis le jour où le remploi aurait dû être opéré (3).

La femme et ses héritiers ont qualité pour agir contre l'acquéreur non seulement à raison du défaut de remploi, mais encore en cas d'insuffisance du remploi, car un remploi insuffisant n'est conforme ni à la lettre ni à l'esprit

(1) Cass., 17 décembre 1835, S. 56.1.201, D. 56.1.174 ; Caen, 30 juillet 1874, D. 75.2.104 ; Agen, 20 juillet 1858, S. 59.2.50 ; Cass., rej., 2 mai 1859, S. 59.1.293, D. 59.1.215 ; — *Contrà* : Pau, 28 juillet 1852 et Cass., 20 juin 1853, S. 54.1.5, D. 55.1.265.

(2) Cass., 2 mai 1859, précité.

(3) Caen, 7 mars 1898, *Pand. fr. pér.*, 99.2.121.

du contrat de mariage, en vertu duquel le bien nouveau doit prendre exactement la place de l'ancien (1). Cependant, aux termes d'un arrêt de la Cour de Caen du 21 juin 1854 (2) l'acte par lequel la femme donne une évaluation aux immeubles qu'elle accepte en remploi fait la règle des parties, tant qu'il n'est pas attaqué pour violence, fraude ou lésion. D'ailleurs, pour déterminer la responsabilité de l'acquéreur, il faut se reporter à la valeur de l'immeuble au moment de l'achat, sans tenir compte de la dépréciation qu'il a pu subir depuis, même par suite de la mauvaise administration du mari (3).

Une clause spéciale peut dispenser l'acquéreur de vérifier l'utilité et la valeur du remploi ; mais la jurisprudence estime que cette stipulation ne l'affranchit pas de l'obligation de s'assurer au moins de l'existence d'un remploi réel et effectif (4). Au contraire, la convention portant que « les époux seront seuls juges de la validité du remploi, et que les tiers ne sont pas autorisés à s'y immiscer et sont valablement libérés par la seule quittance des époux », et d'autres clauses analogues, aussi explicites, dispensent généralement l'acquéreur de toute responsabilité (5).

Dans le cas où l'acquéreur n'est pas dispensé de sur-

(1) Lyon, 30 janvier 1889 ; Trib. Seine, 19 décembre 1890. — Loi, 29 mai 1889, *Pand. fr. pér.*, 91.2.175.

(2) *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1854.1.294.

(3) Riom, 27 mai 1850, D. 52.2.237 ; Cass., 2 août 1853, D. 54.1.353.

(4) Cass., 29 janvier 1890, D. 90.1.97 ; Aix, 19 mars 1891, D. 92.2.343 ; Trib. Seine, 10 avril 1894, *Gaz. Pal.*, 94.2.340.

(5) Aix, 3 décembre 1879, D. 81.2.80 ; Bordeaux, 21 avril 1888, D. 90.2.24 ; Agen, 2 février 1891, D. 91.2.331. — Voir cependant en particulier : Bordeaux, 29 juin 1874, D. 75.2.212.

veiller l'existence du remploi, il a le droit de se refuser au paiement de son prix tant qu'il ne lui est pas justifié d'un remploi suffisant et même d'en effectuer la consignation pour arrêter le cours des intérêts (1). Mais la consignation ne le débarrasse pas de l'obligation de surveiller le remploi à opérer au moment du retrait : si, en effet, les offres réelles suivies de consignation libèrent le débiteur, c'est parce qu'« elles tiennent à son égard lieu de paiement » (art. 1257, C. civ.) ; or l'acquéreur d'un bien dotal est tenu non seulement d'effectuer le paiement de son prix, mais encore de s'assurer de la réalisation du remploi (2).

On s'est demandé si la femme n'avait que son action en nullité pour faire valoir ses droits. La question se présentait ainsi : une femme séparée, au lieu de demander la révocation de l'aliénation du bien dotal produit à l'ordre ouvert sur le prix des immeubles du mari, en vertu de son droit d'hypothèque légale : peut-on lui refuser ce droit sous prétexte qu'elle peut demander la nullité de l'aliénation de la dot, qu'elle a un privilège excessif accordé par la loi et qu'elle ne saurait troubler la procédure d'ordre par l'exercice de son hypothèque légale ? Les arrêts qui soutiennent cette manière de voir ajoutent qu'en autorisant la femme à agir ainsi, on lui donne, au détriment des créanciers du mari, un moyen d'augmenter sa dot et non pas seulement de la sauvegarder ; qu'on lui permet en outre, ce qui est contraire à l'esprit du régime dotal, de ratifier pendant le mariage

(1) Limoges, 21 août 1852, D. 53.2.5.

(2) Nîmes, 11 juin 1856, S. 57.2.272 ; Cass., 12 mai 1857, D. 57.1.364 ; Caen, 26 janvier 1872, D. 74.5.426 ; Cass., 15 mars 1886, D. 86.1.383.

l'aliénation du bien dotal : une fois le montant touché de sa collocation, elle ne pourra plus réclamer le prix du bien aliéné sans emploi ou ce prix lui-même. Enfin, les tiers se refuseront à traiter avec le mari d'une femme dotale, exposés qu'ils peuvent être à voir cette dernière se prévaloir contre eux de son privilège ; de cette manière, on frappe d'interdit les meubles et les immeubles de la femme et du mari (1).

Si ce droit d'option est reconnu à la femme, les tiers acquéreurs du bien dotal auront au moins l'espoir de la voir se détourner d'eux, exercer son droit hypothécaire, et leur responsabilité ou du moins le préjudice que peut leur causer le défaut de emploi sera atténué.

Malgré les arguments qu'on a fait valoir pour refuser à la femme ce droit d'option, la Cour suprême le lui a formellement reconnu. Elle ne pouvait admettre, en effet, que la femme dotale fût plus rigoureusement traitée qu'une femme commune et ce, dans l'intérêt des tiers, créanciers du mari. Cet intérêt, d'ailleurs, est-il donc si sacrifié ? Les tiers ont un moyen légal (Loi du 10 juillet 1850) de savoir que leur débiteur est uni à une femme dotale, laquelle peut avoir des reprises à exercer. N'est-il pas de l'essence même de la loi dotale, au contraire, de sauvegarder les intérêts de la femme ? Comme le disent plusieurs arrêts, pour arriver à ce but deux garanties valent mieux qu'une.

Pour résoudre la difficulté qui leur a été soumise, les Cours se prévalent du principe de la dotalité ; celle-ci

(1) Grenoble, 12 janvier 1835, S. 35.2.331 ; Poitiers, 14 décembre 1830, S. 31.2.244 ; Montpellier, 7 janvier 1831, S. 31.2.244 ; Caen, 11 janvier 1831, S. 31.2.163 ; 7 décembre 1836, S. 37.2.161 ; Grenoble, 7 avril 1840, S. 41.2.222.

n'est cependant qu'indirectement en cause. Ce n'est certainement point pour donner plus d'extension à l'inaliénabilité de la dot que la Cour de cassation a adopté cette manière de voir, encore moins viole-t-elle le principe de l'inaliénabilité en consacrant la ratification d'une aliénation nulle ; car la ratification n'intervient pas au moment de la collocation ; celle-ci n'est qu'éventuelle ; elle donne à la femme un droit d'option qu'elle peut exercer à l'heure où il lui est possible d'agir en nullité (1).

La jurisprudence a eu aussi à se demander si les tiers acquéreurs seuls étaient responsables du défaut de remploi, ne devait-on pas décider que le vendeur du bien acquis en remploi par la femme est responsable de l'insuffisance ou de l'inutilité du remploi ?

Les tribunaux se sont d'abord prononcés affirmativement sur cette question.

Un arrêt de la Cour d'Aix, du 3 décembre 1879 (2), donne deux motifs principaux de cette solution :

1^o Le seul fait de contracter avec une femme dotale obligeait le vendeur à s'assurer au moyen de quelles ressources la femme se libérerait de son prix, et il avait commis une faute en ne prenant à cet égard « aucune des précautions sur lesquelles la qualité de femme dotale de l'acquéreur devait l'éclairer » ;

2^o On ne pouvait refuser aux époux le seul moyen qui

(1) Albert Eyquem, *Le régime dotal*, p. 227 ; Cass., 28 novembre 1838, S. 38.1.962 ; 16 novembre 1847, S. 48.1.23, D. 48.1.46 ; 2 mai 1855, S. 55.1.420, D. 55.1.231 ; Grenoble, 20 janvier 1832, S. 32.2.617 ; 16 août 1832, S. 32.2.559 ; 17 décembre 1835, S. 36.2.307 ; Pau, 31 décembre 1834, S. 35.2.208 ; Bordeaux, 8 janvier 1851, S. 52.2.401 ; Agen, 10 juin 1859, S. 59.2.344 ; Pau, 5 mars 1859, S. 59.2.404.

(2) D. 81.2.180, S. 81.1.11.

leur restait de ressaisir l'apport dotal et qui consistait à prononcer la nullité de l'acquisition qu'ils avaient faite.

Le premier motif reposait sur une assimilation inexacte entre l'acquéreur d'un bien dotal et le tiers qui vend un immeuble en remploi de ce bien.

Or il y a entre ces deux personnes une différence capitale que la Cour d'Aix n'a point entrevue : l'acquéreur veut faire prendre à la femme dotale un engagement que le droit commun de son régime lui interdit ; le vendeur lui, veut faire réaliser une acquisition que les principes de la dotalité ne condamnent pas. Par suite, le premier a le devoir pour assurer l'efficacité du contrat de se rendre compte des conditions qui permettent à la femme dotale de lui consentir l'aliénation et de veiller à leur accomplissement ; en négligeant de le faire il commet une faute dont il est responsable. Le second, au contraire, ne fait qu'appliquer le droit commun qui laisse entière à la femme la capacité d'acquérir sous la seule autorisation de son mari ; il n'a donc, en dehors de cette dernière restriction, aucune condition de capacité à vérifier dans la personne de la femme qui traite avec lui.

Le second motif provient de l'exagération à laquelle est portée la jurisprudence sur les principes de la dotalité. Elle veut assurer à la femme la conservation des biens qu'elle affecte à l'entretien de la famille malgré tout et envers tous, et elle n'hésite pas pour arriver à son but à franchir les limites légales.

Mais la Cour de cassation a vu la faiblesse des motifs invoqués et elle n'a pas consacré cette doctrine. Le 14 juin 1881 la Chambre civile cassait l'arrêt de la Cour d'Aix, en mettant en relief la confusion commise par cette

Cour et sa doctrine a été suivie par les tribunaux (1) : L'arrêt de rejet de la Cour suprême est ainsi motivé. « Le vendeur de bonne foi quand même il connaîtrait l'origine des deniers destinés à payer le prix de la vente, n'a point à rechercher si cette origine est régulière et si la femme, pour se les procurer, a ou non respecté les clauses de son contrat de mariage, aucune obligation de cette nature ne saurait résulter pour lui de ce qu'il traite avec une femme mariée sous le régime dotal, puisque ce régime ne diminue en rien chez la femme son pouvoir d'acquérir ; ce qu'il lui enlève ou soumet à des restrictions, c'est uniquement son droit d'aliéner, et de là vient pour l'acquéreur d'un bien dotal, l'obligation de vérifier s'il est disponible et à quelles conditions, et de veiller à ce que ces conditions, s'il y en a, soient fidèlement observées. »

§ 2. — Tiers intermédiaires.

L'obligation de surveiller le emploi pèse non seulement sur les tiers acquéreurs, mais encore sur les *intermédiaires* comme les agents de change, les notaires et les conservateurs d'hypothèques.

1^o Agent de change.

En ce qui concerne l'agent de change il n'y a pas de doute sur la responsabilité qui lui incombe au cas où, chargé de négocier des titres aliénables sous condition de emploi, il ne s'est pas soumis à cette condition (2).

(1) Cass., 14 juin 1881, S. 82.1.97 ; Nîmes, 11 janvier 1882, S. 82.2.137 ; Cass., 24 juillet 1884, S. 85.1.156, D. 85.1.460.

(2) Cass., 7 juillet 1891, D. 92.1.185 ; Toulouse, 18 janvier 1893 sous Cass., 20 mars 1894, D. 95.2.45 ; 7 avril 1897, D. 97.2.510 ; D. 96.2.145 et la note de M. Planiol.

En effet, l'acquéreur des titres est invinciblement protégé par le secret auquel est tenu son agent, et d'autre part, ce dernier est mis hors de cause : s'il s'agit de titres au porteur, il n'a pu d'aucune manière connaître la personne qui a donné l'ordre de vente, hypothèse très ordinaire aujourd'hui, puisque le décret du 7 octobre 1890 dispose, dans son article 47, que les agents de change ne se livrent entre eux que des titres au porteur ; s'il s'agit de titres qui doivent affecter la forme nominative par suite des statuts de la société qui les a émis ou de la loi (art. 3, loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés), l'agent de change acheteur est encore à l'abri, car c'est vis-à-vis de l'agent vendeur qu'il est responsable du prix, et non à l'égard des époux qu'il est censé ne pas connaître.

C'est alors sur l'agent de change vendeur que retombe toute la responsabilité : il joue à raison de l'obligation au secret dont il est tenu vis-à-vis de ses clients le rôle d'acheteur, il couvre donc l'acheteur véritable et doit être rendu responsable à l'égard des conjoints au même titre que le tiers acquéreur avec lequel ils auraient contracté directement (1).

2° *Notaire.*

Les fonctions du notaire peuvent le mettre, en dehors de certaines hypothèses comme le cas de dépôt ou de mandat où il n'agit plus comme officier public mais comme tiers, en présence de faits où il pourra encourir une responsabilité à défaut d'exécution ou d'insuffisance du emploi.

Sa responsabilité, dans ce cas, ne peut provenir de

(1) Rouen, 7 avril 1886, D. 88.2.45.

l'idée du mandat, quoiqu'on ait prétendu à tort qu'il était investi d'un mandat légal des parties : en effet, c'est sa qualité d'officier ministériel qui l'oblige à procéder à la réception de ces actes, et cette responsabilité dérive des sources de droit commun et relève des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Examinons les diverses hypothèques dans lesquelles le notaire peut encourir cette responsabilité.

1^o *Il est rédacteur du contrat de mariage qui contient la clause d'emploi.* — Est-il en cette qualité chargé d'assurer postérieurement l'exécution de cette clause ?

Mais sur quoi se fonderait-on pour l'astreindre à une telle obligation ? Sans doute, sur l'existence du mandat légal que les parties sont censées lui avoir donné par le fait même qu'elles le choisissent pour rédiger leur pacte matrimonial.

Précisément la Cour de cassation, depuis son arrêt du 14 février 1855 (1) a toujours condamné la théorie du mandat légal : « Les notaires, disent les motifs, ne sont pas chargés en leur seule qualité d'officiers publics de donner aux actes qu'ils ont reçus le complément et l'exécution dont ces actes sont susceptibles. »

Le notaire n'est donc pas tenu, en l'absence d'un mandat spécial, de veiller postérieurement à la réception du contrat de mariage à l'accomplissement des formalités d'emploi ou de remploi devenues nécessaires. Et c'est ainsi qu'il a été jugé par un arrêt de la Cour de Paris du 4 août 1873 (2), que le notaire qui avait reçu un contrat de mariage stipulant que la rente constituée en dot par

(1) D. 55.1.170.

(2) D. 74.2.83, S. 73.2.216.

la future épouse ne pourrait être aliénée qu'à charge de remploi, n'était pas chargé de faire inscrire la mention de dotalité sur le titre de rente et qu'il n'était pas responsable de l'aliénation faite par le mari en violation des termes du contrat.

Cette solution est équitable : on ne pouvait en effet imposer au notaire l'obligation non seulement de faire exécuter, mais même de surveiller l'exécution du remploi, car il peut fort bien arriver qu'il ne soit pas mis au courant des emplois ou remplois à réaliser au cours du mariage.

2° *Il est rédacteur de l'acte se rapportant à l'aliénation des biens soumis à remploi.* — Les parties ne sont nullement obligées, pour la constatation des ventes de biens sujets à remploi ou du paiement effectué par l'acquéreur, d'avoir recours au ministère du notaire.

Mais pour leur sécurité, les tiers préféreront en présence d'une femme dotale s'adresser à un notaire qui est à même de leur éviter le danger.

Cet officier ministériel, par le fait même qu'il prête son concours à l'acte de vente, à la procuration destinée à réaliser cette vente, à la quittance qui constate le versement des fonds, sera-t-il recherché à raison de l'inexécution des emplois ou remplois prescrits à la femme dotale ?

Sa qualité de conseil sollicité et toujours écouté avec déférence par les parties n'engagera sa responsabilité qu'autant qu'il aura commis une faute dans l'exercice de ses fonctions, une omission préjudiciable aux intérêts de ses clients dans la rédaction de l'acte.

Cette faute existe-t-elle quand il a négligé de se rendre compte de la capacité des parties, de signaler la prohibition qui frappe les biens de la femme ?

D'après l'article 11 de la loi du 25 ventôse an XII qui dispose que « le *nom*, l'*état*, la *demeure* des parties devront être connus du notaire, ou leur être attestés par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires », on peut dire que le notaire rédacteur d'un acte n'est pas, à ce titre, astreint de s'assurer de la capacité des comparants, puisque par ce mot *état* mentionné dans l'article 11 rapproché du texte de l'article 13, le législateur n'a entendu parler que des désignations propres à établir l'individualité des parties.

On peut donc poser en règle que le notaire requis de dresser l'acte de vente, la procuration ou la quittance concernant l'aliénation du bien dotal, n'est pas en principe soumis à l'obligation légale de rechercher si le contrat de mariage contient une clause prohibitive de la capacité civile de la femme.

Mais à cette règle il faut apporter un tempérament. En effet, si la femme n'a point dissimulé au notaire sa qualité de femme mariée, bien plus, si cette femme lui a représenté l'expédition de son contrat de mariage, il connaît la nécessité du emploi, il prévoit la responsabilité qui peut peser sur le tiers acquéreur pour défaut de emploi, c'est donc pour lui un devoir impérieux répondant à la confiance qui l'accrédite près du public et rentrant dans ses fonctions que de signaler le fait dans l'acte auquel les parties veulent conférer l'authenticité (1).

La jurisprudence n'a cependant pas admis la distinction que nous venons d'établir comme basée sur les règles de la législation notariale.

(1) Dijon, 2 août 1878, S. 78.2.33 ; Dalloz, *Rép. Suppl.*, V^o *Responsab.*, n^o 504, n^o 1

Dans un arrêt du 8 janvier 1861 (1), la Cour de Lyon a prescrit que c'est le devoir d'un notaire pour tout contrat où figure la femme mariée de vérifier sa capacité.

Il est donc de la plus élémentaire prudence, en présence de cette décision, d'apporter dans la rédaction des actes relatifs à l'aliénation de biens dotaux le soin le plus minutieux à rechercher si l'aliénabilité du bien n'est pas affectée d'une condition d'emploi et, au besoin, de reproduire dans les actes les termes mêmes du contrat de mariage (2).

3° *Il est rédacteur de l'acte destiné à réaliser l'emploi ou le remploi.* — Dans ce cas encore, l'intervention du notaire ne dérivera pas d'une obligation imposée par la loi, mais généralement d'une mesure de prudence de la part des tiers.

Une hypothèse cependant exige le ministère de cet officier public, c'est celle où le remploi consiste en un placement hypothécaire, l'acte d'affectation doit être authentique (art. 2127, C. civ.).

En recevant ces actes, le notaire est prévenu de l'intention qu'ont les parties de réaliser l'emploi ou le remploi prescrit au profit de la femme, et il a pour devoir de rédiger l'acte de manière à lui faire produire tout son effet : il devra se conformer aux prescriptions du contrat de mariage et sera responsable de l'omission d'une des formalités exigées par l'article 1435 du Code civil pour rendre le remploi valable.

Mais en dehors des obligations qui lui incombent en vertu de ses attributions, le notaire ne peut être responsable. Son rôle ne l'oblige point à surveiller les intérêts

(1) D. 62, t. 130.

(2) Daffrye de la Monnoye, *Rev. not.*, 1892, n° 8744.

des parties qui ont eu recours à lui pour la constatation d'une convention licite, on ne saurait le rendre responsable du défaut de solidité du emploi, alors même qu'il l'aurait conseillé de bonne foi en sa qualité de notaire et en dehors de tout mandat (1).

3° *Conservateur des hypothèques.*

Pour ce qui est du conservateur des hypothèques, sa responsabilité apparaît dans les cas où il est obligé d'opérer la radiation des inscriptions prises pour garantie des créances sujettes à emploi.

Il doit refuser de procéder à la radiation de ces inscriptions tant qu'on ne lui a pas justifié de la réalisation du emploi.

C'est à lui qu'incombe la charge de reconnaître si le titulaire qui donne mainlevée de l'inscription a pleine capacité pour le faire (art. 2157, C. civ.) : or l'emploi ou le emploi de la dot limite les pouvoirs que le mari tient de l'article 1549 du Code civil ; le conservateur doit donc s'assurer de son accomplissement qui seul réalise pour les époux la capacité de donner quittance et de consentir mainlevée.

Et cette théorie est poussée si loin que le conservateur des hypothèques se refuse à radier l'inscription qui garantit la créance dotale soumise à emploi sur la simple mainlevée des époux, alors que par une stipulation expresse la condition d'emploi ou de emploi n'est pas opposable aux tiers (2). On pourrait cependant soutenir avec juste raison que cette condition, dans ce cas, n'affecte que les rapports des époux entre eux et que le conservateur

(1) Caen, 2 février 1857, D. 57.2.151 ; Robert, *loc. cit.*, p. 240 et s.

(2) Bordeaux, 29 juin 1874, D. 75.2.212.

n'a plus à exiger la justification de son accomplissement ; en effet, elle n'amoindrit pas la capacité des époux, et le recours que la femme a contre son mari en raison de l'insuffisance ou du défaut de remploi est garanti par son hypothèque légale à laquelle elle reste incapable de renoncer.

SECTION III. — Conclusion.

On peut voir d'après cette étude que la jurisprudence se montre rigoureuse à l'endroit des tiers qui n'ont pas surveillé l'exécution du remploi auquel étaient tenus les époux avec lesquels ils ont contracté.

Aussi ces rigueurs en ce qui concerne les droits des tiers ont été cause que, dans la pratique, les époux cherchèrent à dégager les tiers de ces responsabilités. On hésite à acquérir un bien dotal, quand on n'est jamais sûr d'être libéré en payant son prix ; aussi, les époux mariés sous le régime dotal éprouvant les plus grandes difficultés à vendre le bien aliénable sous condition de remploi, les notaires ont imaginé, dans les contrats, d'affranchir les tiers des obligations que la jurisprudence leur impose : ils ne demeurent plus, en pratique, responsables que de l'inexistence du remploi et encore il est souvent stipulé que le tiers acquéreur sera déchargé de cette obligation. Dans ce cas, la femme n'a de recours que contre son mari et son droit se borne à exiger que le remploi soit effectué.

On comprend également qu'en présence de cette jurisprudence, les agents de change, notaires et conservateurs des hypothèques se montrent exigeants avant de se dessaisir des fonds dotaux ou de radier des inscriptions. Cela

occasionne souvent des frais aux époux, mais on ne peut faire grief à ces fonctionnaires de ce qu'ils cherchent à faire des actes valables, l'irrégularité devant peser sur eux (1).

(1) Dépinay, *Le Régime dotal* ; Eyquem, *Le Régime dotal*.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Avec la théorie de la jurisprudence sur la responsabilité des tiers en matière de remploi, nous avons terminé l'étude des mesures de protection que les tribunaux ont été amenés à prendre pour compléter le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, tel qu'ils l'avaient établi.

Comme nous le disions dans notre introduction, nous avons indiqué comment grâce à la création de cette « monstruosité juridique (1) », qu'on désigne sous le nom de *dotalité renfermée*, la jurisprudence, tout en reconnaissant à la femme le droit d'aliéner l'immeuble paraphernal qui « contient dans ses flancs » des valeurs dotales et à ses créanciers le droit de le saisir, avait au moyen d'un véritable privilège au profit de la femme, restreint ces droits d'aliénation et de saisie pour sauvegarder la dot incluse ; comment d'autre part, elle était arrivée à frapper d'une véritable indisponibilité le patrimoine du mari en faisant remonter au jour du mariage l'hypothèque légale de la femme dotale ; comment enfin en rendant les tiers responsables de l'inexécution et même de l'insuffisance du remploi imposé à la femme, elle parvenait à doubler la garantie de cette dernière.

Cette évolution qui se justifie plutôt au point de vue économique et social qu'au point de vue juridique, est

(1) Labbé, en note dans S. 93.1.5.

la conséquence forcée du principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière tel qu'il avait été proclamé par la jurisprudence.

Mais on peut se demander si tout ce système de protection répond bien au but qui est la cause de son édification, s'il a toute l'efficacité désirable : si oui, la jurisprudence est excusable de s'être faite bien souvent non pas l'interprète aveugle de la loi, mais la loi elle-même.

Or nous sommes obligé de confesser que la théorie jurisprudentielle est loin de rendre les services que les nécessités sociales attendaient d'elle. En décidant que la dot mobilière serait aliénable à l'égard du mari et inaliénable vis-à-vis de la femme, en assurant l'application de ce principe au cas de transformation de la dot et en conférant à l'hypothèque légale de la femme dotale le privilège du rang, la jurisprudence a bien protégé la femme contre ses propres faiblesses, mais elle ne lui a donné que des garanties souvent illusoires contre les dilapidations du mari dont les pouvoirs sont plus étendus sous ce régime que sous le régime de la communauté.

Dans bien des cas, en effet, la créance en restitution de sa dot, que la femme possède contre son mari, sera réduite à néant, le mari pourra emprunter sur les valeurs mobilières dotales de sa femme, les aliéner, pour satisfaire un besoin de lucre peut-être, et la femme à qui il porte préjudice, pour laquelle il est un instrument de ruine, n'aura pour tout recours, si dans un esprit de conciliation elle ne réclame pas sa séparation de biens, qu'une action hypothécaire dont l'inutilité est flagrante au cas d'insolvabilité du mari.

L'imperfection de ce système est de toute évidence ; la jurisprudence n'a pas atteint son but. Elle doit proté-

ger la femme contre les dangers d'une mauvaise administration du mari ; elle doit veiller à lui conserver à elle et à ses enfants, cette fraction de patrimoine qui leur assurera les moyens d'existence au cas où le mari sera assez indigne pour prodiguer sa fortune et celle dont il a le dépôt ou assez inhabile pour entraîner lui et les siens dans la ruine, et c'est précisément dans ce seul cas que les garanties de la femme croulent faute de base pour s'exercer utilement. Il y a là une lacune qui demandait à être comblée.

La clause d'emploi ou de remploi, en apportant une restriction aux pouvoirs du mari sur la dot mobilière, était un remède à cette imperfection.

Malheureusement, la lourde charge que la jurisprudence fait peser sur les tiers acquéreurs ou cessionnaires des biens dotaux et sur les intermédiaires appelés à s'occuper de la négociation et de la transformation de ces biens, a obligé les époux à atténuer l'énergie de cette condition en écartant par une stipulation expresse, la responsabilité des tiers et parfois même celle des négociateurs.

Faut-il donc en condamnant le système de la jurisprudence condamner le régime dotal lui-même, enlever à la femme et à la famille la seule ressource qui leur reste après la ruine de l'époux, la raison d'être de ce régime. Quoiqu'on ait parlé, à tort, de son immoralité, l'état et les besoins actuels de notre société proclament son utilité (1), et sa disparition serait un remède trop radical, pis que le mal. Le retour à la dotalité, que signalait M. Morel d'Arleux au Congrès des sociétés savantes de

(1) Daniel de Folleville, *Des clauses de remploi et de la société d'acquêts sous le régime dotal*, IV.

1895 (1), suffit amplement à prouver que la femme trouve de réels avantages à ce régime.

Doit-on alors pousser ce régime jusqu'à ses extrêmes limites et poser le principe de l'inaliénabilité absolue de la dot mobilière, tant à l'égard du mari que vis-à-vis de la femme ? Non certes, notre régime économique ne nous permet pas de placer les époux dans un tel état d'infériorité.

C'est à la pratique seule qu'il appartient de corriger et de réformer le régime dotal, d'atténuer les inconvénients de la doctrine jurisprudentielle en gardant les avantages qu'elle peut procurer.

Au type classique du régime dotal en nature où les biens doivent être conservés tels quels, la femme dotale peut se substituer un régime dotal en valeur en stipulant que la dot sera toujours aliénable moyennant emploi. De cette façon on respecte le grand principe de la libre circulation des biens et on assure à la femme la restitution de sa dot ; mais pour cela, il ne faut pas décharger les tiers contractants de toute responsabilité, car c'est priver la femme de sa garantie et rendre le régime dotal inopérant. Les tiers, d'ailleurs, avertis du péril qui les menace, ont toutes facilités de l'écarter en appliquant à la lettre les prescriptions du contrat de mariage.

Le notaire, rédacteur du contrat, agira donc sagement en engageant les époux désireux de se soumettre au régime dotal, à adopter la clause d'aliénabilité des valeurs dotales mobilières et immobilières sous condition de emploi.

(1) *Bulletin du comité des travaux historiq. et scient.*, Section des sciences économ. et soc., 1895, p. 402.

Cette clause protégera d'abord la femme non séparée contre le droit de disposition que la jurisprudence reconnaît au mari sur la dot mobilière.

Elle sera d'autre part une sauvegarde pour la femme contre les dangers auxquels l'expose dans l'administration de sa dot, après la séparation de biens, sa faiblesse et son inexpérience.

Et chose appréciable, elle fera disparaître la plupart des cas d'application de la théorie de la dotalite renfermée : en effet, aux termes de l'article 1553 du Code civil, l'immeuble acquis de deniers dotaux ou reçu en paiement de la dot devient dotal, lorsque cette acquisition est faite en vertu d'une clause d'emploi insérée au contrat de mariage.

La femme pourra encore apporter un tempérament à cette condition en stipulant qu'au cas où son mari justifierait de biens suffisants pour répondre de la restitution de la dot, c'est-à-dire pour que l'hypothèque légale puisse s'exercer utilement, le remploi cesserait d'être obligatoire.

Enfin, si la femme s'est réservé certains biens paraphernaux dont elle pourra disposer librement avec l'autorisation de son mari et qui répondront des obligations qu'elle pourra contracter solidairement avec lui, elle sera parvenue à se mettre à l'abri de mesures protectrices dont elle est souvent la première dupe et à trouver dans le régime dotal une sécurité que les autres régimes ne peuvent assurément pas lui donner (1).

(1) Eyquem, *loc. cit.*, p. 492.

TABLE DES MATIÈRES

NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE	Pages I
INTRODUCTION	v

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ DE LA THÉORIE JURISPRUDENTIELLE SUR L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE CHEZ LA FEMME DOTALE

CHAPITRE PREMIER. — Du principe	9
SECTION I. — <i>De l'historique de la question et de son développement</i>	9
SECTION II. — <i>Arguments qui ont servi à la justification de cette théorie</i>	16
§ 1. — Argument d'ordre historique	16
§ 2. — Argument d'ordre économique	18
§ 3. — Argument d'ordre juridique	19
1 ^o Article 1541 du Code civil	19
2 ^o Articles 1555 et 1556 du Code civil	20
3 ^o Article 83 du Code de procédure civile	21
4 ^o Articles 9 et 20 du décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier	22
5 ^o Article 9 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription	24
Conclusion	26
CHAPITRE II. — Des conséquences et applications de la théorie	30
SECTION I. — <i>Explication du principe</i>	30

SECTION II. — <i>De quelques applications faites par la jurisprudence à chacune des deux propositions suivantes :</i>	31
A. Le mari a le droit d'aliéner la dot mobilière de sa femme.	31
B. La femme dotale ne peut aliéner sa créance en restitution de sa dot.	31
1 ^{re} PROPOSITION. — Le mari a le droit d'aliéner la dot mobilière de sa femme.— Ses applications. . . .	31
2 ^e PROPOSITION. — La femme dotale ne peut aliéner sa créance en restitution de sa dot. — Ses applications	34
SECTION III. — <i>Appréciation de la théorie jurisprudentielle.</i>	41

DEUXIÈME PARTIE

DES MESURES COMPLÉMENTAIRES DU PRINCIPE DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE

TITRE PREMIER

PREMIÈRE MESURE

De la dotalité renfermée.

CHAPITRE I. — Position de la question	43
CHAPITRE II. — Etude de la théorie de la dotalité renfermée dans son organisation	54
SECTION I. — <i>Des faits qui réalisent la dotalité renfermée.</i> . .	54
§ 1. — Cas dans lesquels la théorie de la dotalité renfermée ne s'applique pas :	54
I. — Clause d'emploi dans le contrat de mariage . .	54
II. — L'acquisition est faite par le mari seul et en son nom ou au nom de la femme sans ratification de la part de cette dernière.	55
III. — L'acquisition est faite avec des deniers autres que des deniers dotaux ou provenant d'une créance dotale.	56

§ 2 — Faits proprement dits qui conduisent à la dot-	
lité renfermée.	56
I. — Acquisition d'un immeuble avec des deniers	
dotaux.	56
II. — Acquisition par la femme d'un immeuble de	
son mari.	60
III. — Des meubles acquis de deniers dotaux.	62
IV. — Dation en paiement	64
V. — De la dévolution héréditaire	68
VI. — De l'emploi ou du remploi irrégulier.	75
VII. — De la séparation de biens	81
SECTION II. — <i>De la condition juridique des biens acquis en</i>	
<i>emploi des deniers dotaux ou reçus en paie-</i>	
<i>ment de la dot</i>	
§ 1. — De la formule de la jurisprudence	86
§ 2. — Ses conséquences :	88
1 ^{er} Point. — De l'administration et de la jouissance du	
paraphernal contenant la dot.	88
2 ^e Point. — De l'aliénation du paraphernal contenant	
la dot :	91
1 ^o Par le mari.	91
2 ^o Par la femme.	92
A. — Aliénation à titre onéreux.	92
B. — Aliénation à titre gratuit.	98
3 ^e Point. — Du droit de saisie des créanciers.	101
A. — Créanciers du mari	101
B. — Créanciers de la femme	102
1 ^o Reconnaissance du droit de saisie sous réserve du	
droit de prélèvement de la femme.	102
2 ^o De la nature du droit de prélèvement de la femme	
107	
3 ^o Du conflit entre le droit de prélèvement de la	
femme et le privilège de certains créanciers . .	114
§ 3. — Du tempérament apporté en faveur des tiers à la	
règle de la dotalité renfermée. — Conditions de	
publicité	123

CHAPITRE III. — Examen critique des arguments donnés	
en faveur de la théorie jurispruden-	
tielle	129

SECTION I. — <i>Exposé des arguments</i>	129
1 ^o Arguments d'ordre économique	129
2 ^o Arguments d'ordre historique	129
3 ^o Arguments d'ordre juridique.	132
SECTION II. — <i>Critique de ces arguments</i>	135

TITRE II

DEUXIÈME MESURE

**Du rang de l'hypothèque légale de la femme dotale
en ce qui concerne sa dot mobilière.**

SECTION I. — <i>Exposé et appréciation de la théorie jurispru-</i> <i>dentielle</i>	141
1 ^{re} HYPOTHÈSE. — Le mari a les pouvoirs d'aliéner la dot mobilière sans le consentement de sa femme. . . .	147
2 ^e HYPOTHÈSE. — Le mari ne peut aliéner les valeurs mo- bilières dotales sans le concours de sa femme. . .	152
3 ^e HYPOTHÈSE. — Le mari ne peut aliéner les valeurs mo- bilières dotales sans emploi	155
SECTION II. — <i>Conclusion</i>	158

TITRE III

TROISIÈME MESURE

**De la responsabilité des tiers au cas où le bien dotal a été
aliéné sans que la condition de emploi
ait été effectuée.**

SECTION I. — <i>La responsabilité des tiers peut-elle être en-</i> <i>gagée en matière de emploi de la dot mobi-</i> <i>lière ; doctrine jurisprudentielle.</i>	159
SECTION II. — <i>Conséquences de la théorie jurisprudentielle</i> .	165
§ 1. — Tiers acquéreurs ou cessionnaires	165
§ 2. — Tiers intermédiaires.	175
1 ^o Agent de change.	175
2 ^o Notaire.	176
1 ^o Rédacteur du contrat qui contient la clause d'emploi. .	177
2 ^o Rédacteur de l'acte se rapportant à l'aliénation des biens soumis à emploi	178

TABLE DES MATIÈRES

195

3 ^e Rédacteur de l'acte destiné à réaliser l'emploi ou le remploi	180
3 ^e Conservateur d'hypothèques	181
SECTION III. — <i>Conclusion</i>	182
CONCLUSION GÉNÉRALE	185

Vu :

Le Président de la thèse,
L. DEBRAY.

Vu :

Le Doyen,
EDMOND VILLEY

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Université de Caen,
E. ZEVORT.

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
